Der

Wendepunkt

der Rechtswissenschaft;

ein Beitrag

zur Orientirung über den gegenwärtigen Stand- und Zielpunkt derselben.

Von

Dr. Johannes Emil Kuntze,

außerord. Professor der Rechte zu Leipzig.

Leipzig, 1856.

J. C. Hinrichs'sche Buchhandlung.

Dieses Büchlein bedarf keines Vorwortes, oder richtiger gesagt, es kann keines haben, denn es ist selbst ein Vorwort. Als solches bittet der Verfasser es zu nehmen.

Inhaltsübersicht.

Einleitung.

§. 1. Ich habe in der folgenden Ueberschau den Versuch gewagt, ein gedrängtes Bild von dem gegenwärtigen Zustande unserer deutschen Rechtswissenschaft zu entwerfen. Jeder ähnliche Versuch pflegt als eine Prätension angesehen zu werden, der Wissenschaft einen Spiegel vorzuhalten, und darum nenne ich den Versuch ein Wagniß. Denn kann erwartet werden, daß ein solcher Spiegel von blinden Flecken frei sei? — Die Einen werden Manches vermissen, Andere Vieles falsch drin finden; vielleicht ist Keiner befriedigt, — aber hoffentlich Mancher so freundlich, durch Beiträge die Lücken auszufüllen, welche gelassen sind. Angeregt zu haben zu einer allgemeinen und furchtlosen Orientirung, ist der vornehmste Zweck dieser Darlegung; nichts ihrem Urheber fremder, als der Wahn, Erschöpfendes geleistet zu haben. Ich habe es gewagt, einen Rahmen um den Spiegel zu legen; möge es Anderen gefallen, die Flecken von der Fläche zu tilgen.

§. 2. Ich nenne die Rechtswissenschaft im Allgemeinen, und denke doch vorwiegend an den civilistischen Zweig derselben; zu Beidem halte ich mich berechtigt. Denn fast immer hat der neue Gedanke zuerst in der Theorie des Privatrechtes Wurzel geschlagen, um von da aus in die übrigen Theile der Rechtswissenschaft sich zu verbreiten, und diese Erscheinung scheint jetzt sich wiederholen zu sollen. Was heute die Vertreter der civilistischen Wissenschaft bewegt, wird morgen auch die Prozessualisten, die Criminalisten, die Publizisten beschäftigen. Diese Initiative jener liegt tief begründet in dem Wesen des Privatrechtes, welches ich als die lyrische Dimension in der Rechtswelt bezeichnen möchte. Die Erscheinungen dieses Theiles der Rechtswelt sind plastischer, gedrungener, der Horizont, den sie ausfüllen, entspricht am nächsten dem Umfange des individuellen Geistesblickes, die Gestalten und Typen, mit denen wir es hier zu thun haben, lagern sich mit der dringlichsten Unmittelbarkeit um einen jeden von uns herum. — Daher, was von allem dem, so ich hier über die civilistische Theorie zu sagen gedenke, wahr und zutreffend ist, wird seine volle Geltung für alle Gebiete der Rechtswissenschaft behaupten, und keines derselben wird sich den Einflüssen entziehen können oder

dürfen, durch welche der gegenwärtige Umschwung in jenem prototypischen Gebiete vermittelt und durchgeführt wird. Es kann hieran um so weniger gezweifelt werden, da, wie sich leicht erkennen läßt, jener Umschwung ein weit allgemeinerer ist, als daß er auf irgend ein einzelnes Gebiet der Wissenschaft überhaupt beschränkt gedacht werden dürfte. Es müßte ein gar blödes Auge sein, welches nicht sähe, daß der Strom der Europäischen Wissenschaft, nachdem er im deutschen Geiste das tiefste Bett gefunden, an einem Wendepunkte angelangt ist. Die philosophische Spekulation hat den Kreislauf ihrer Schul-Systeme vollendet, und bis zum Tode matt zehrt die deutsche Philosophie an den Resten überkommener Ehren; in der vergleichenden Sprachwissenschaft hat sich eine universalhistorische Perspektive eröffnet, an welche vordem die kühnste Phantasie nicht zu rühren vermochte; die Naturforschung hat sich mit einer Wucht und einem Pompe ausgebreitet, daß der Druck ihrer Massen den ganzen Bau der Wissenschaft sprengen oder umgestalten zu wollen scheint. Man fühlt es, nach solchen Thaten und Umwälzungen des menschlichen Geistes müsse die Wissenschaft gleichsam von Neuem sich organisiren. — Bis jetzt sind die Spaltungen, die Isolirungen, die Abgrenzungen immer schneidender geworden. Wer vermöchte noch, gleich einem Aristoteles oder Albertus Magnus, Homer oder Dante die Wissenschaft im Ganzen zu umspannen? Hundert Welten hat die Welt der Wissenschaft aus sich geboren, und jede hat ihren eigenen König; es ist eine Vielherrschaft, ein Interregnum; wie wird aus diesem das Reich der Wissenschaft als Ganzes gerettet werden? „Glauben und Wissen" oder richtiger: Glaube und Forschung, stehen wie zum Entscheidungskampfe gerüstet einander gegenüber. Natur- und Geisteswissenschaft treten fast wie Feinde neben einander hervor. In jener platzen, gleich titanischen Elementen, der Materialismus und Idealismus, eine massive Empirie und proteusartige Teleologie aufeinander. In den historischen Wissenschaften ringt mit dem alten Schlendrian einer pedantischen, dürren und herzlosen Methode und mit dem Wahne luftiger Abstraktionen eine neue, geistigere zugleich und lebenskräftigere, Form des Gedankens. — Das gilt von der Wissenschaft im Ganzen, und von den einzelnen Zweigen, gilt von der Rechtswissenschaft im Allgemeinen, und wiederholt sich auch in deren einzelnen Zweigen.

§. 3. Kann es erforderlich scheinen, einige Worte vorauszu-

schicken zur Motivirung des Unternehmens, gleichsam mitten im Strom und Strudel über die Strömung zu reflektiren? Mancher wird einzuwenden haben, es sei ein solches Unternehmen entweder durchaus überflüssig und nutzlos, denn der Gang im Ganzen und Großen werde nicht durch Reflexionen und Pläne Einzelner bestimmt; — oder aber das Unternehmen sei, wenn es auch mit noch so vieler Vorsicht und Bescheidenheit geschähe, immer gefährlich; denn es handle sich hier um Lebensprozesse, welche sich um die empfindlichen Fäden instinktiver Entwickelung ansetzen, eine Bloßlegung dieser Fäden durch ungeschickte Hand könne zu unberechenbaren Störungen führen, und es sei daher gerathen, diese organischen Bildungsverläufe sich selbst zu überlassen. —

Diese Gefahr soll im Allgemeinen nicht geleugnet werden. Allein die Entwickelung unseres Lebens und unserer Wissenschaft hat aufgehört, eine rein instinktive zu sein, aufgehört, seit die philosophische Schule des vorigen Jahrh. der praktischen Schule früherer Zeiten das Terrain abgewann. Seitdem ist es geradezu unmöglich, daß irgend ein bedeutsamer Schritt in unserer Wissenschaft geschähe, daß neue Epochen für sie ins Leben treten, ohne daß mit vollem Bewußtsein das Abscheiden der veralteten Prinzipien verfolgt und mit klarem Willensentschluß der Einzug der neuen Lebenskräfte gefördert werde. In Zeiten einer wahrhaft naiven, naturwüchsigen Lebensentfaltung mag alle reflektirende Spekulation überflüssig sein, und wo sie sich dann etwa zeigt, als das Symptom einer krankhaften Zeitstimmung angesehen werden. Anders in unserer Zeit. Sie bedarf einer allseitigen Spiegelung unserer Lebensverrichtungen auf der Fläche des aufgeklärten Verstandes, einer Sammlung der sozialen Kulturprozesse in dem Brennpunkte eines männlichen Selbstbewußtseins. Von Zeiten, wie die Gegenwart, muß behauptet werden, daß die Unterlassung der Selbstspiegelung das Symptom einer Zeitschwäche sein würde. Darum ist es nicht der (bedenkliche) Reiz, welchen jeder Blick in die Tiefen einer Zeitbewegung hat, wenn wir uns gedrängt fühlen, vor diese Tiefen hinzutreten, deren Unergründlichkeit zuletzt doch jeder inne wird; sondern wir können und dürfen uns diesem Amte geistiger Kontrole nicht entziehen; sie ist eine unserer heiligsten Aufgaben, wie im Großen und Ganzen des weltgeschichtlichen Verlaufes, so in den engeren Grenzen einer einzelnen, — unserer Disziplin. —

Erster Abschnitt.

Der Wendepunkt.

§. 4. Der gegenwärtige Zustand der deutschen Rechtswissenschaft trägt vielfache Symptome einer Krisis an sich. Krisen treten nicht immer mit großem Glanz und Geräusch auf, sie verbergen sich häufig den Blicken und Ohren derer, welche in alte Zustände eingerostet es für bequemer halten, vor den drängenden Gestalten das Auge zu schließen, oder im Augenblick schwerhörig den Sturm nur für einen Wind halten. Das herkömmliche Motto solcher ist, daß phantastischer Rausch die Mücke für einen Elephanten angesehen habe, und der schwellenden Erwartung nichts als ein Mäuslein entgegenspringen werde. Diesem Motto gegenüber will ich, bevor ich die positiven Momente des gegenwärtigen Standpunktes der Rechtswissenschaft zusammenzustellen und die gegebenen Anzeichen eines näher zu bestimmenden Zielpunktes derselben zu ordnen unternehme, die hervortretenden Thatsachen und Stimmen sammeln, in denen auch der widerwillige Beobachter die Symptome eines mehr als gewöhnlichen Wendepunktes erkennen wird. —

Schon wenn wir die äußere Physiognomie unserer juristischen Literatur während der letzten zwei Jahrzehende aufmerksam ins Auge fassen, kann uns nicht entgehen, daß die in ihr wahrnehmbare Bewegung keineswegs die eines einfachen, geraden, ruhigen, alltäglichen Fortschreitens ist, und nicht die durch einen abgeschlossenen Anstoß ein für allemal bestimmte Richtung hat; es ist vielmehr die zusammengesetzte verworrene Bewegung eines Ringens und Drängens, woraus ein neuer Anstoß geboren werden, eine verjüngte Bewegung ihre Richtung empfangen soll. Hier erblicken und empfinden wir Mangel an Befriedigung: die alten Maximen beginnen stumpf zu werden; dort regen sich mannigfache Symptome einer Sehnsucht, welche nach neuen, ganz neuen Prinzipien hindrängt.

§. 5. Wir erblicken Mangel an Befriedigung. Auf die verschiedenste Weise äußert sich dieses Gefühl. — Zwei Zeitschriften waren es, in welchen die einzelnen Wellen der organisirten Doktrin wie zu einem Strome sich sammelten, und welche recht eigentlich der Spiegel unserer Wissenschaft während dieser Zeit waren. Die eine dieser Zeitschriften aber ist in's Grab gestiegen, ihre Endschaft machte

Aufsehen in der Juristenwelt; Mancher weissagte daraus der Rechtswissenschaft nichts Gutes: ich meine die kritischen Jahrbücher (begründet von Richter, fortgesetzt von Schneider), welche, obgleich von den tüchtigsten Kräften unterstützt, i. J. 1848, das so manchen Lebensfaden zerschnitten hat, aufgegeben wurden. Die andere Zeitschrift ist diejenige, in welcher wir unmittelbar und ganz vorzüglich die Prinzipien unserer Wissenschaft in ihrer letzten funfzigjährigen Entwickelung vertreten fanden, und welche wir mit ganz besonderer und gerechter Pietät anzuschauen gewöhnt worden, die Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. Sie war seit 1815 ohne namhafte Unterbrechung erschienen, und jetzt hat sie bereits mehrere Jahre lang (seit 1850) ihren Mund verstummen lassen; ob für immer? Wir wissen es nicht; dieses Schweigen aber, das wissen wir, klingt fast wie das wehmüthige Echo einer „kaiserlosen Zeit", und es ist ein Ereigniß in der Juristenwelt.

§. 6. Wir blicken, so scheint es, in eine Kluft hinab, an welcher der Lebensfaden einer ablaufenden Epoche stockt. — Und diese Kluft, hat man versucht, sie mit beruhigenden Schleiern zu verhüllen, oder den kühneren Anlauf genommen, sie zu überbrücken? Ich will es nicht behaupten und nicht verneinen. Aber seltsame Worte hat man in diese Kluft hinab rufen hören. Ja, es hat einer der geistreichsten Priester der Rechtswissenschaft über dieselbe in jenem Jahre 1848 das rücksichtsloseste Verdikt der „Werthlosigkeit", was wohl je über eine Wissenschaft aus dem Munde eines ihrer eigenen Jünger vernommen wurde, gesprochen. Man hat versucht, ihn zu widerlegen; aber kaum scheint es, als sei der tiefe und allgemeine Eindruck, welchen jener Angriff hervorgebracht, durch die Raschheit des entgegengesetzten Widerstandes bemeistert worden. Die wahrgenommene Tiefe des bewirkten Eindruckes wäre auch schon eine bedeutungsvolle Thatsache, selbst wenn die Macht der Reaktion wirklich vollkommen entsprochen hätte; wir brauchen nicht zu untersuchen, ob der Eindruck berechtigt war oder nicht.

§. 7. Dasselbe, was bei von Kirchmann sich zu einem schrankenlosen Vorwurfe gegen alle und jede Rechtswissenschaft aufblähte, tritt bei Anderen neuerdings in der bescheideneren Gestalt eines Angriffs auf die bisherige Richtung und Methode der Rechtswissenschaft auf. Ich will hier keine Zeit mit dem undankbaren Versuche verlieren, die Stimmen zu wägen und die Unberufenen

von den Berufenen zu scheiden: wo der Weizen sproßt, da spreizt sich auch das Unkraut. Eine große Anzahl von Juristen [1]) hat sich über die immer entschiedener sich herausstellende Unzulänglichkeit der bisherigen Richtung und Methode vernehmen lassen, jeder in anderer Weise, und doch klingt das Ganze zu einer unruhigen und beunruhigenden Melodie zusammen. Vielleicht eine der schärfsten Aeußerungen in diesem Betracht ist die Jhering's (Geist d. röm. R., I. S. 9.): „Zu einer wahrhaften Kritik des röm. Rechts, zur Erforschung seines innersten Wesens und seiner inneren Gründe fehlt es unserer romanistischen Jurisprudenz sowohl an der subjectiven Fähigkeit, wie an dem objectiven wissenschaftlichen Apparat."

§. 8. Und zu diesen Urtheilen über das Allgemeine, welche mit offenem Visir auftreten, gesellen sich andere, welche scheinbar nur Einzelnes antastend doch heimlich und nachdrücklich an den Bau im

---

1) Vergl. folgende mit allgemeinen Fragen sich beschäftigende Schriften der neueren Zeit: **1848**: von Wydenbrugk, Briefe über deutsche Nationalgesetzgebung, Jena; Geib, die Reform des deutschen Rechtslebens, Leipzig; R. Schmid, Theorie und Methodik des bürgerl. Rechts, Jena. **1851**: von Völderndorff, Einige Worte über Recht, Rechtswissenschaft u. Röm. Recht, München. **1852**: Vi. Platner, Ueber die historische Entwickelung des Systems und des Charakters des deutschen Rechts, 2 Bände, 1852. 1854. (s. Einleitung im 1. Bande u. Vorrede des 2. B.); Jhering, Geist des Röm. Rechts, Leipzig; C. A. Schmidt, Der principielle Unterschied zwischen dem röm. u. germ. Rechte, Rostock; Lenz, Ueber die geschichtliche Entstehung des Rechts. Eine Kritik der histor. Schule, Greifsw. (1854); Esmarch, Römisches und german. Recht (in der Allgem. Monatsschrift, Decbr. 1853. S. 1012 flg. und in den Gött. gel. Anzeigen, Stück 154—156, 1854.); Hinrichs jun., in der Allgem. Monatsschrift 1853. S. 685. 686. 693. **1854**: Rauh, **Anti-contrat-social** oder rationelle Begründung des histor. Rechts, München; Windscheid, Recht u. Rechtswissenschaft. Eine Rede, Greifsw.; Röllner, die deutschen Juristen und die deutsche volksthümliche Gesetzgebung seit 1848, zugleich als Prognose für nationale Rechtsreform. **1855**: Götting, Recht, Leben und Wissenschaft, (s. dazu von Helmolt im Hess. Archiv für pract. Rechtswissenschaft, Bd. 3. 1856. S. 496 flg.); Delbrück, Das absolute Recht (in der krit. Ueberschau, Bd. 2. S. 115—132); Kuntze, das röm. u. deutsche Recht in der Gegenwart und die Aufgabe der modernen Rechtswissenschaft in der Zukunft (in der krit. Ueberschau, Bd. 2. S. 173—228.); Röder, Grundgedanken und Bedeutung des röm. u. german. Rechts, Leipzig. **1856**: Kuntze, Die Obligation u. die Singularsuccession u. s. w. (5. Abschnitt), Leipzig; Dworzak, Die wissenschaftl. Versuche unserer Zeit über das Wesen des röm. Rechts (in Haimerls Magazin Bd. 11. u. Bd. 13.); Jhering, Unsere Aufgabe (in seinen und v. Gerber's Jahrbüchern, 1. Bd.).

Ganzen rühren. Es ist ein stillwirkendes Scheidewasser, welches sich in diesen durch die Kräfte der historischen Schule gezimmerten Bau hineinfrißt; nur hier und da wird es wahrgenommen, und doch dringt es in alle Zellen und Poren ein. Der Glaube an die bisherige Grundlage ist uns geraubt; wir fühlen den Bau erschüttert und wir schwanken und zittern in und mit ihm. Wie vom Herbstwind aufgescheucht flattern die „kritischen Blätter" über die Schwelle der „historischen Schule."

§. 9. Aber ich will die Physiognomie des zu karakterisirenden Wendepunktes nicht bloß von ihrer negativen Seite darstellen. Es läßt sich von manchen Thatsachen und manchen Stimmen berichten, welche uns auf das Aufgehen einer inhaltreichen neuen Epoche aufmerksam machen. Nach der Ermattung ein neuer Anlauf!

Wir haben Gestalten im Strudel, der hier geschildert wird, versinken, verschwinden sehen; aber es tauchen, gleichsam an deren Stelle, neue Gestalten auf, welche theils eine neue Bahn einschlagen, theils die Verrichtungen der früheren Gestalten im alten Sinne, aber mit neuer Kraft, wieder aufnehmen. Die Zeitschrift für historische Rechtswissenschaft verstummt, — und was vermag unsere neue Zeit dagegen einzusetzen? Seuffert's Archiv für Entscheidungen der oberen Gerichtshöfe hat es seit mehreren Jahren übernommen, den reichen Springquell einer immer sich verjüngenden Kasuistik über unsere nahrungsbedürftige dürre Doktrin mit schätzenswerther Emsigkeit ausströmen zu lassen. Drei Erscheinungen ferner sind in jenen Platz eingerückt, welcher durch das Eingehen der kritischen Jahrbücher frei ward: 1) die Heidelberger kritische Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft, 2) die Münchener kritische Ueberschau und 3) die Schletterschen Jahrbücher der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung. Alle ziehen eingeständlich oder selbstverständlich Muth und Schwung aus den Erwartungen, welche von der gegenwärtigen Jurisprudenz auf die nächste Zukunft gestellt werden [1].

§. 10. Ich wende mich von den Thatsachen zu den Stimmen. Neben jene ausdrücklichen Andeutungen einer scheidenden Epoche (s. §. 7. 8.) treten ausdrückliche Andeutungen einer neuen Zeit. Es kann kein Interesse haben, sie mit statistischer Genauigkeit hier auf-

---

1) Ueber die Jahrbücher der Dogmatik s. unten §. 13. Anm. 1). Die erstgenannte Zeitschrift kritisirt mikroskopisch, die zweite teleskopisch; die dritte referirt, die letztgenannte gibt bloß Selbständiges.

zuzählen. Aber einige sollen doch namhaft gemacht werden, damit unsere Betrachtung einen konkreten Halt gewinne.

Reinh. Schmid [2]) geht von der Behauptung der Unzulänglichkeit der in der bisherigen Rechtstheorie zur Geltung gebrachten Grundprinzipien aus, und versucht eine Revision der ganzen Lehre, welche in der Ueberzeugung wurzelt, „daß nur mit Hülfe einer auf erfahrungsmäßige innere Selbstbeobachtung gegründeten, psychisch-anthropologischen Kritik eine sichere Grundlage für dieselbe gewonnen werden kann.“

Geib [3]) stellt neben die philosophische und historische Schule „eine dritte Partei, bestehend aus Anhängern der hegelschen Schule, welche gewissermaßen eine Vermittelung der beiden anderen Ansichten versucht.... und darum auch wohl als historisch-philosophische Partei sich bezeichnen läßt.“

Bluntschli sagt in dem „Vorwort“ zu dem 1. Bande „der kritischen Ueberschau“: „Offenbar ist unsere heutige Rechtswissenschaft in eine neue Entwickelungsperiode eingetreten“; doch fügt er über „die neue Anforderung an die deutsche Jurisprudenz“ nichts Weiteres hinzu, als daß die philosophische Erkenntniß und historische Forschung zusammenzuwirken hätten, und daß die Rechtswissenschaft, entsprechend ihrer „Ehre, eine practische Wissenschaft zu sein“, „mehr und mehr mit dem wirklichen Leben der Menschen in Uebereinstimmung sich versetzen müsse.“

Windscheid [4]) bemerkt: „Für die Wissenschaft wie für den Einzelnen gibt es Wendepunkte, mit denen ein neues Leben beginnt. Wer kann es läugnen, daß gerade jetzt die Wissenschaft des röm. Rechts sich in einem solchen Wendepunkte befindet? Mit täglich wachsender Macht tritt das Bewußtsein an sie heran, daß eine deutsche Rechtswissenschaft kein anderes Ziel haben könne, als Wissenschaft des deutschen Rechts zu sein.“

Leist [5]) unternimmt es, „der gegenwärtig herrschenden Methode entgegen zu treten“, denn deren Zeit sei abgelaufen, und es müsse eine andere Richtung eingeschlagen werden, um in der dogmatischen Behandlung des röm. Rechts weiter zu kommen. Es handle sich um etwas von den historischen wie philosophischen Fragen gleich weit

---

2) Theorie und Methodik des bürgerl. Rechts, S. III.
3) Reform des deut. Rechtslebens, S. 74 ff.
4) in der krit. Ueberschau, Bd. I. S. 27.
5) Studien über die dogmatische Analyse römischer Rechtsinstitute, I. S. 2.

Entferntes, nämlich um eine Erkenntniß der „Natur" und Struktur der (gesunden) Lebensverhältnisse; er bezeichnet das als „Studium der Natur."

§. 11. Neben Leist mögen noch zwei Rechtslehrer genannt werden, von welchen der Eine (Ahrens) [1]) durch Leist's Reformversuche nicht zufriedengestellt ist, der Andere (Brinz) [2]) gegen dieselben sogar die entschiedenste Partei ergriffen hat.

Von Ahrens findet sich in der Vorrede (S. V.) zu seiner jurist. Encyclopädie folgende Aeußerung: „Wesentliche Mängel sind geblieben, so daß eine neuere wissenschaftliche Bewegung, selbst auf dem Gebiete des röm. Rechts, ... ein tieferes Eingehen in die Sachen und eine demgemäße Umgestaltung der Begriffe verlangt." Brinz [3]) bemerkt, „daß neben oder vielmehr aus der geschichtlichen Behandlungsweise eine neue Richtung erwacht zu sein scheine."

Ahrens, welcher den Titel seiner jurist. Encycl. mit dem gewiß nicht bedeutungslosen Zusatze „oder organische Darstellung der Rechts- und Staatswissenschaft" vermehrt hat, orientirt uns über die von ihm für die Zukunft gehegten Erwartungen an einer anderen Stelle [4]) mit den Worten: „Eine neue Epoche, welche in innerer Ausgleichung der bisherigen Gegensätze, eine philosophisch-historische sein und bei Ausbildung einer vergleichenden Rechtswissenschaft, auch in practischer Richtung nothwendige Reformen anstreben und das Ziel einer allgemeinen deutschen Rechtsgesetzgebung verfolgen wird, findet sich schon in mancher Hinsicht eingeleitet." Und Brinz zu einigen Andeutungen positiver Natur sich aufstachelnd fährt an jener Stelle also fort: „Es scheint eine neue Richtung erwacht zu sein, diejenige, welche ausgeht, von dem Gedanken, daß auch das Recht eine Natur hat, seine Elemente und seine Geschöpfe, seine Gattungen und seine Individuen, seine Macht und seine Schwäche, seinen Zufall und sein Gesetz, eine Natur, welche von Juristen und Gesetzgebern nur gepflegt oder verdorben, niemals geschaffen wird. Man könnte diese Richtung die naturhistorische nennen" [5]).

1) Jurist. Encycl., I. S. 47.

2) in den Schletterschen Jahrbüchern, I. S. 10. II. S. 132.

3) Kritische Blätter, No. 3. S. 1.

4) Jurist. Encycl. I. S. 323.

5) Vergl. hierzu Ihering in seinen und von Gerber's Jahrbüchern, I. S. 10: „Unsere Aufgabe nimmt den Charakter einer naturhistorischen Untersuchung an." — S. unten §. 49. Anm.

§. 12. Lauter Aeußerungen, welche, so zu sagen, aus dem Bedürfniß der unmittelbarsten Gegenwart hervorsprudeln. Ihre Anführung kann genügen, einmal, uns zu warnen, daß wir die Zeichen der Reformbewegung nicht als Symptome einer vorübergehenden, zufälligen Erregtheit vornehm ignoriren, und sodann, uns darauf aufmerksam zu machen, nach wie verschiedenen Richtungen hin die Ahnungen, Andeutungen, Wünsche u. Vorschläge auseinanderflattern.

Zweiter Abschnitt.

Der Standpunkt.

§. 13. Gruppirung der Reformbestrebungen. Ich will es versuchen, das Gewirr der Stimmen zu klaren Gruppen zu ordnen, d. h. der wogenden Flutung des Wendepunktes feste Linien eines verständlichen Standpunktes abzugewinnen. Ich kann dies aber hier nicht gut thun, ohne der Betrachtung eine Schranke aufzuerlegen.

Der Fortschritt nämlich, welcher dermalen angestrebt wird, bezieht sich theils auf den Stoff, theils auf die Methode, und was jenen, den Stoff, anlangt, so gehen die an die Zukunft unserer Wissenschaft gestellten Anforderungen namentlich darauf, 1) daß mehr als bisher das antike (römische) und das moderne (germanisch-christliche) Element in einander verarbeitet und dogmatisch vermählt werden [1]; 2) daß entschiedener als bisher der Horizont unserer Wissenschaft zu einer komparativen Jurisprudenz im umfassenden Weltsinne ausgeweitet werde [2]. Ich will die Probleme,

---

1) Ueber die neuere Literatur zu dieser Frage vergl. meine Abhandlung in der krit. Ueberschau, Band. II. S. 177 ff. Röder, Grundgedanken und Bedeutung des röm. und german. Rechts (Leipz. 1855); meine Schrift über die Oblig. u. Singularsuccess. (1856), §. 100 und dazu meine Anzeige der Röderschen Schrift in den Schletterschen Jahrb. II. S. 120 ff. Dworzak, in Haimerls Magazin Bd. 13. — So eben ist in den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen röm. und deut. Privatrechts von v. Gerber und Ihering (1. Heft 1856) ein mit Freuden zu begrüßendes Organ für obige Spezialaufgabe gegründet worden, und dem Vernehmen nach wird binnen Kurzem ein Konkurrent oder richtiger ein Sekundant zur Seite treten. Daß hier eine Lücke auszufüllen war, ist längst klar geworden.

2) Vergl. darüber Huschke in der Tübinger krit. Zeitschrift, Bd. V. (1829), S. 217. Ihering, Geist d. R. R. I. S. 3. 11. 74. Warn-

welche sich an diese zwei Anforderungen knüpfen und am zweckmäßigsten einer abgesonderten Betrachtung unterzogen werden, bei Seite lassen und mich hier auf den augenblicklich drängendsten und darum wichtigsten Theil unserer Aufgabe beschränken, nämlich auf den Kreis derjenigen Anforderungen, welche in Betreff einer Reformirung der Methodik gestellt werden.

I. Die praktische Tendenz.

§. 14. Jene Reformbestrebungen lassen sich zunächst unter zwei allgemeine Gesichtspunkte bringen. Der erste ist, daß die Behandlung und Darstellung des Rechtsstoffes eine praktischere werde; der zweite ist, daß der Geist der Theorie eine gründliche Erneuerung und Wiedergeburt erfahre.

Jener Satz, daß der Doktrin zu einem praktischen Ausbau zu verhelfen sei, ist das alte und immer neue Lied von einer innern Vermählung der Theorie und Praxis. Wir können mit der Bemerkung von Brinz [1]), daß (in gewissem Sinne) man Theorie und Praxis vielmehr sondern, als verbinden müsse, übereinstimmen, und doch uns darüber freuen, daß in der letzten Zeit die theoretischen Arbeiten mehr und mehr beginnen von der Lebenskraft einer gebildeten, spirituellen Praxis durchdrungen zu werden. In der That, es ist in dieser Richtung ein entschiedener Fortschritt bemerkbar; drei Hauptformen seiner Aeußerung lassen sich diagnostiziren.

§. 15. Archive. Zuerst sind hier die Archive, Zeitschriften und Wochenblätter für Entscheidungen deutscher Gerichte („arrêts,“ „precedents“), das schon genannte Seuffert'sche Archiv an der Spitze, anzuführen. Fast jeder deutsche Staat hat solcher Unternehmungen eine oder mehrere aufzuweisen, und gerade in den letztverflossenen Jahren haben wir verschiedene neue Erscheinungen dieser Gattung auftauchen sehen. Sie bilden ein willkommenes Piedestal für den emporstrebenden Genius der Theorie, und mehr und mehr gewöhnt diese sich an die neue Nahrung [2]), die ihr eine gesunde Naturkost ist.

König und Ahrens in ihren jurist. Encyclopädien (1853 und 1855). Lenz, geschichtl. Entstehung des Rechts, S. 19. und Röder, Grundgedanken u. s. w. §. 3.

1) in Schletters Jahrb. I. S. 8.

2) Ich hoffe daß es Manchem nicht ganz ohne Interesse sei, einen Ueberblick über das wunderbar rege Leben des deutschen Geistes im Gebiete der

§. 16. Rechtsfälle. Ferner ist der mannigfachen Sammlungen von juristischen Musterfällen zu gedenken, deren Zweck ist, be-

---

Rechtspflege zu gewinnen, welches die Zeitschriftenliteratur der Gegenwart bietet. I. Allgemeine deutsche Zeitschriften: Außer dem Archiv für civilist. Praxis, der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, der Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft, dem Archiv für das öffentliche Recht des deutschen Bundes, von Linde (2. Band, 1855), dem Magazin für Rechts- u. Staatswissenschaft mit besond. Rücksicht auf Oesterreich von Haimerl, dem Gerichtssaal von Arnold u. A., dem Archiv des Criminalrechts, welche nur ausnahmsweise kasuistisches Material bringen, und außer dem hiefür ausschließlich bestimmten Archiv von Seuffert, sind zu erwähnen: 1) Archiv für praktische Rechtswissenschaft aus dem Gebiete des Civilrechts, des Civilproc. und des Criminalr., von Elvers u. A. (3. Band, à 3 H. 1855), Marburg. 2) Sammlung interessanter Erkenntnisse aus dem gemeinen und bayerschen Civilrechte u. Processe, von Arendts (4. Band, à 3 H. 1855), Nördlgn. 3) Archiv für deutsches Wechselrecht von Siebenhaar u. Tauchnitz (4. Band, à 4 H. 1855), Leipz. 4) Archiv für die strafrechtl. Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe Deutschlands von Temme (2. Jahrgang, 2 Bände, à 3 H. 1855), Erlangen. 5) Annalen (Hitzig's) der deutschen und ausländischen Criminalrechtspflege N. F. von Schletter (Jahrgang 1855 à 12 H.), Leipzig.

II. Partikularrechte. 1) **Baden**: Annalen der bad. Gerichte, von Bayer (22. Jahrg. 1855), Mannheim. Magazin für bad. Rechtsflege und Verwaltung, von Zentner u. A. (2. Bd., à 3 H. 1855), Mannh. 2) **Bayern**: Sammlung von Arendts (s. oben). Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege des Kgrchs. Bayern. Mit allerh. Genehmigung unter Aufsicht u. Mitwirkung des kön. Justizminist. (2 Bd., à 4 H. 1855), Erlangen. Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern, von Seuffert (20. Jahrg. 1855), Erlangen; Ergänzungsblatt (2. Jahrg. 1855) ebendas. Präjudizien, entnommen den Erkenntnissen des strafrechtl. Senats des obersten Gerichtshofes für d. Kgrch. Bayern. Geordnet nach den einzelnen Strafgesetzen u. deren Artikel-Folge (1854), Bayreuth. 3) **Freie Städte**: Sammlung der Entscheidungen des OAG. zu Lübeck, in Frankfurter Rechtssachen mit Berücksichtigung der Erkenntnisse der früheren Instanzen, von Römer (3. Bd., à 2 H. 1855), Frankfurt a. M. Sammlung von Erkenntnissen und Entscheidungsgründen des OAG. zu Lübeck, in Hamburgischen Rechtssachen, nebst den Erkenntnissen der unteren Instanzen (2. Bd., in 4 Abth. 1855), Hamburg. 4) **Hannover**: Magazin für Hannoversches Recht. Eine Zeitschrift, v. Döring und Wachsmuth (5. Bd. 1855), Hannover. Zeitschrift für Verfassung und Verwaltung im Kgrch. Hannover von v. Leuthe (1. Bd. 1855), Hannover. 5) **Hessen-Cassel**: Annalen der Justizpflege u. Verwaltung in Kurhessen, mit Genehmigung des kurf. Minist., von Heuser (2. Jahrg. 1855), Cassel. Neue Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des OAG. zu Cassel, v. Strippel-

hufs einer lebendigeren Gestaltung des Rechtsstudiums (als Unterlage für s. g. Rechtspraktika) eine Casuistik zu organisiren. Zu

---

mann (1854), Cassel. 6) **Hessen-Darmstadt:** Sammlung der Entscheidungen des Großh. Hess. Cassationshofes in Civil- und Strafsachen, von Emmerling (Jahrg. 1854), Darmstadt. Wochenschrift für Recht und Verwaltung im Großh. Hessen, Herz. Nassau u. in der fr. St. Frankfurt, von Bopp (1. Jahrg. 1855), Darmstadt. 7) **Oesterreich:** Peitler, Systemat. Sammlung der auf d. Strafverfahren sich bezieh. grundsätzl. Entscheidungen des k. k. obersten Gerichts- und Cassationshofes v. den J. 1850 bis 1854, nach der Paragraphenfolge u. s. w. (1854), Wien. Herbst, die grundsätzlichen Entscheidungen des k. k. obersten Gerichts- und Cassationshofes über zweifelhafte Fragen des allg. österr. Strafrechtes. Nach der Paragraphenfolge des Gesetzb. zusammengestellt (2. Aufl. 1855), Wien. Schuster, Gerichtl. Entscheidungen, erflossen in höherer und höchster Instanz, über Fragen der Auslegung und Anwendung der österr. Wechsel-Ordnung u. s. w. In der Ordnung des Gesetzes zusammengestellt u. versehen mit Anm. (1855), Wien. 8) **Preußen:** Annalen für Rechtspflege und Gesetzgebung in den preuß. Rheinprovinzen. Sammlung interessanter Entscheidungen der rheinpreuß. Gerichte in Civil- und Strafsachen und Abhandlungen über wichtige Rechtsfragen. Herausg. von einen Verein rhein. Rechtsgelehrten (8. Bd., à 4 H. 1854), Trier. Entscheidungen des Kön. Ober-Tribunals, von Zettwach u. A. (30. Bd. od. N. F. 10. Bd. à 6 H. 1855), Berlin. Rechtsgrundsätze der neuesten Entscheidungen des Kön. Ober-Tribunals. Geordnet nach dem System der Gesetzbücher, von Striethorst (1. Bd. 1855), Berl. Archiv für das Civil- und Criminalrecht der Kön. Preuß. Rheinprovinzen. Herausg. durch einen Verein von Mitgliedern des öffentl. Minist. und des Advokatenstandes beim Rhein. Appellat.-Gerichtshofes zu Köln (50. Bd. oder N. F. 43. Bd., à 4 H. 1854), Köln. Archiv für Rechtsfälle aus der Praxis der Rechtsanwälte des Kön. Ober-Tribunals. Herausg. von den Ober-Tribunals-Rechts-Anwälten und redig. von Striethorst (4. Jahrg., à 4 Bde, 1855), Berl. Archiv für Preuß. Strafrecht, v. Goltdammer (Jahrg. 1855, 3. Band, à 6 H. 1855), Berl. Berliner Gerichtszeitung, Zeitschrift für Civil-, Criminal- und Polizei-Gerichtspflege sowie für Gefängnißwesen des In- u. Auslandes, v. Gensch (Jahrg. 1855), Berl. Juristische Monatsschrift für Preuß. Recht und dessen Praxis sowie für die Interessen des Richter- u. Anwaltstandes, herausg. unter Mitwirkung und Aufsicht eines Vereins prakt. Rechtsgelehrten (1. Jahrg. 1855, à 12 H.), Arnsberg. — 9) **Sachsen:** Rechtssätze aus Erkenntnissen des Kön. OAG. zu Dresden (N. F. 5. Bd. 1855), Wurzen. Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, zunächst für das Kgrch. Sachsen (N. F. 14. Bd, à 4 H. 1855), Leipz. Wochenblatt für merkwürd. Rechtsfälle in actenmäßigen Darstellungen aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung zunächst für das Kgrch. Sachsen (16. Jahrg. oder N. F. 4. Jahrg. 1856), Leipz. Neue Jahrbücher für sächsisches Straf-

den Sammlungen dieser Art von C. W. Wolff (2. Aufl. 1845), Ihering-Puchta (1847), Girtanner (1852) und Eckert [1]) (1853) ist neuerdings das „Civilpracticum oder Anleitung zur Entscheidung von Civil-Rechts-Streitsachen" in 4 Heften von Sarwey [2]) gekommen [3]). — Nicht derselben doch einer verwandten oder unterstützenden Richtung gehört das „Hülfsbuch für die juristische Praxis" von Schnaubert (1853) an; es soll neben dem Civil- und Prozeßpraktikum die besondere Stelle eines „Geschäftspracticum" einnehmen.

---

recht, von Held u. A. (9. Bd., 1855), Leipz. 10) **Thüringen:** Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt unter Mitwirkung u. s. w., herausg. von Rh. Schmid (2. Bd., Jahrg. 1855 à 12 Nrn.), Jena. 11) **Württemberg:** Auserlesene Civil-Rechtssprüche der höheren Gerichtsstellen in Würt. von Tafel, (2. Bd., 1. H. 1854), Stuttg. Miscellanien für Strafrechtspflege in Württemb. von Wiest (Nr. 1. 2. 1854), Ellwangen. Monatschrift für die Justizpflege in Württemberg, von Sarwey (20. Bd., 3 Abthlgn., 1854), Ludwigsb. 12) **Schweiz:** Beiträge zur Kunde und Fortbildung der Zürcherischen Rechtspflege (N. F. der Monatschronik der Zürch. Rechtspfl., herausg. unter Mitwirkung eines Vereins prakt. Rechtsgelehrten v. Schnauberg) (18. Bd. à 3 H. 1854), Zürich. Zeitschrift für Kunde und Fortbildung u. s. w. (1. Bd., à 3 H. 1855), Zürich. Zeitschrift für schweizerisches Recht von Ott u. A. (4. Bd. 2 H. 1855), Basel.

1) Pandectenpracticum oder Chrestomathie; 1. Theil: die Beispiele und Rechtsfälle mit den darangeknüpften Fragen und beigefügten Parallelstellen, 2. Theil: die Entscheidungen. Heidelb. 1853.

2) Civilpracticum oder Anleitung zur Entscheidung von Civilrechts-Streitsachen. 1 Heft: Allgem. Theil. 2. Heft: Actenmaterial. 3. Heft: Analyse. 4. Heft: Synthese. Stuttgart und Augsb. 1856.

3) Diesen Sammlungen fehlt bis jetzt noch eine ihrem Geiste entsprechende Methode. Die Rechtsfälle müssen praktisch organisirt, d. h. ihre Gruppirung darf nicht nach der systematischen Schablone, sondern muß nach praktischen Gesichtspunkten vorgenommen werden. In diesem Sinne würde es sein, z. B. folgende Kreise von Rechtsfällen zu konstruiren: a) Gebiet der Schädenklagen: Contraktsklage, actio de dolo, actio injuriarum, de effusis et dejectis, legis Aquiliae u. in factum, noxalis, de pauperie u. de pastu. b) Gebiet grundnachbarlicher Verhältnisse: operis novi nunciatio, interdictum de glande legenda, interd. quod vi aut clam, damni infecti cautio, actio aquae pluviae arcendae u. s. w. c) Kreis der Wasserservituten: Servit. aquaeductus, aquae educendae, aquaehaustus, pecoris ad aquam appulsus. d) Zusammenstellung solcher Rechtsfälle, deren Funktion heutzutage durch polizeiliche Thätigkeit ersetzt zu werden pflegt: actiones populares u. s. w. e) Retention, Compensation, Pfandrecht, exc. non adimpleti contractus u. s. w.

§. 17. Dogmatik. Endlich gilt es, anzuerkennen, daß auch im Gebiete der eigentlich schöpferischen Theorie ein neuer, im wahren Sinne praktischer, Geist sich regt und Frucht bringt. Epochemachend in dieser Hinsicht, und nicht bloß für seinen speciellen Zweig von Bedeutung, ist das Werk von Einert: „Das Wechselrecht nach dem Bedürfniß des Wechselgeschäfts im 19. Jahrh." Dasselbe [1]) erschien i. J. 1839, und seitdem ist Mancher mit Glück und Erfolg ähnliche Wege gewandelt. Schon früher (1835) war von Thöl in seinem „Verkehr mit Staatspapieren aus dem Gesichtspunkte der kaufmännischen Spekulation mit Berücksichtigung seiner juristischen Natur" ein ganz verwandtes Unternehmen durchgeführt worden. Die Arbeiten Liebe's über die Theorie des Wechselrechtes, ruhend auf durchaus originellen und scharfsinnigen theoretischen Untersuchungen über das Wesen der römischen stipulatio, zeigen eine ächte Theorie und eine Praxis im nobelsten Stil; es ist ein durchaus neuer Geist, der sie durchweht [2]).

Aus der neuesten Zeit will ich mich begnügen, zwei Schriften hervorzuheben, welche mit frischer Feder und so recht aus der unmittelbarsten Praxis herausgeschrieben sind: Delbrücks „Die Uebernahme fremder Schulden nach gemeinem und preußischem Rechte" (1853) und Bähr's „Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund" (1855) [3]).

1) Fick sagt in der Heidelb. krit. Zeitschr. Bd. I. S. 479: „Einert ist eine der merkwürdigsten Erscheinungen in der Geschichte des deut. Rechts und seiner Literatur. Einert hat durch sein Buch in der Lehre vom Wechsel eine Revolution durchgeführt, wie sie sonst nicht leicht das Werk eines einzelnen Rechtslehrers zu sein pflegt. Einert hat bei Begründung seiner Ansichten vom Wechsel die bisher gangbare Methode rechtwissenschaftlicher Thätigkeit nahezu in ihr Gegentheil umgekehrt; er hat auf einem von der Wissenschaft bisher entweder geradezu verachteten, oder doch wenig betretenen Wege eine Wechselrechtstheorie gewonnen, welche die Grundlage für eine Recht erzeugende That der deutschen Nation geworden ist, wie sie bis jetzt in keiner anderen Sphäre des Rechtslebens aufgewiesen werden kann." Dem ist beizustimmen. Vergl. jedoch (Liebe). Die allg. deutsche Wechselordnung mit Einleitung und Erläuterungen 1848. S. XXI.

2) Die Stipulation und das einfache Versprechen. Braunschweig 1840. Ferner: Ueber Wesen u. Eintheilung der materiellen Contracte des Röm. Rechts, in der Zeitschrift für Civilr. u. Proceß, Bd. 15. (1841). S. 63 — 95 und S. 192 — 236. Motive zu dem Braunschw. Entwurf einer Wechselordnung (1843), und der anonym erschienene Commentar (s. g. Brockhaussche Erläuterungen) zur W. O. „Die deutsche W. O. mit Einleitung u. Erläuterungen," Leipz. 1848.

3) Vergl. die Anzeige derselben von v. Helmolt in dem Heff. Archiv für pract. Rechtswissenschaft III. (1856). S. 496 — 511.

Ich sagte, daß der neue Geist, welchen wir hier sich regen sehen, auch Frucht bringe. Um dies zu bewahrheiten, brauche ich nur auf die allgemeine deutsche Wechselordnung von 1848 zu verweisen, welche der gerechte Stolz des deutschen Volkes ist und die feinste Theorie mit der umsichtigsten Praxis in einer Weise vereinigt, daß sie wohl als Mustergesetz für alle Fächer des Rechtes hingestellt werden kann und besser als alle Deductionen und Reflexionen den Beweis geführt hat für die Wahrheit des bekannten Savigny'schen Ausspruchs, daß eine ächte Theorie auch die ächte Praxis sei.

In der Literatur der Partikularrechte läßt sich dieselbe Reformbewegung verfolgen. Hier ist es die Bearbeitung des Würtembergischen Privatrechtes durch v. Wächter, an welche, als das klassische Werk, sich in letzter Zeit verschiedene Lehrbücher des Partikularrechts anderer deutscher Territorien anlehnen.

II. Theoretische Wiedergeburt.

§. 18. Uebersicht. Wir sind mit der bisherigen Betrachtung noch nicht auf den eigentlichen Kern des gegenwärtigen Wendepunktes hindurchgedrungen; dieser liegt vielmehr in einer Wiedergeburt des theoretischen Geistes, ohne Rücksicht auf das nebenhergehende Verhältniß der Theorie zur Praxis. Die Anforderung nämlich an die Rechtswissenschaft, praktischer zu werden, ist nicht jetzt zum ersten Male an ihre Vertreter gestellt; es ist bekannt, daß der s. g. philosophischen Rechtschule im 17. Jahrh. eine Richtung vorausging, welcher vorzüglich der Name der praktischen Schule zu Theil geworden ist. Ganz neu sind dagegen diejenigen Umgestaltungen, welche von der theoretischen Methode an sich jetzt verlangt und erwartet werden.

§. 19. An dieser Reform scheint mir eine dreifache Richtung unterschieden werden zu müssen. Ich habe bis jetzt nicht gefunden, daß irgendwo, soviel auch von der Reform selbst gesprochen wurde, der Versuch einer solchen Unterscheidung gemacht sei; und doch ist diese die unerläßliche Grundlage einer klaren Orientirung. Sie ist die analytische Seite unseres Orientirungsversuches.

Ich will diese drei Richtungen vorläufig kurz so bezeichnen: es ist an der Jurisprudenz und namentlich an der Rechtsdogmatik ein energisches Streben nach Verselbständigung (Emanzipirung), nach Verfeinerung (Sublimirung) und nach Versinnlichung

(Symbolisirung) erkennbar. Diese drei Richtungen sind nicht bloße Symptome des zu schildernden Wendepunktes, sondern die Elemente der durchzuführenden Reform selbst, und keineswegs laufen sie unvermittelt und äußerlich neben einander her, sondern sie sind wechselseitig sich bedingende Momente einer und derselben Metamorphose. Die Gelenke aber dieses inneren Zusammenhanges der drei genannten Richtungen nachzuweisen, ist die synthetische Seite unseres Orientirungsversuches.

§. 20. Die erste der drei Richtungen ist bis jetzt am offensten und entschiedensten formulirt und verkündet worden. Die zweite, obschon sie in schlagenden Thatsachen zu Tage getreten ist, wurde doch bis jetzt nicht mit gleicher Entschiedenheit, wie jene, und jedenfalls nicht mit vollausgearbeitetem Bewußtsein ausgesprochen. Am wenigsten entwickelt und noch am meisten lichtscheu aber ist die dritte Richtung. — Dies ist das bisherige Schicksal der drei Richtungen.

Die erste dieser drei Richtungen ist eine That des deutschen, durch die moderne Wissenschaft gestählten und gereiften Geistes; sie steht im engen und nothwendigen Zusammenhange mit der Entfaltung des gesammten Kulturlebens der Gegenwart, in welcher eine sechshundertjährige, die ganze Fülle des antiken Lebens reproduzirende Rezeptionsarbeit ihren Abschluß finden wird. Jene That der Emanzipirung aber, da sie nicht in einer Vernichtung und Wiederausstoßung des Rezipirten bestehen kann, muß sich als Vergeistigung und Verfeinerung darstellen d. h. eben in die Bahn der zweiten Richtung einlenken. Und die Gefahren endlich, welche sich an diese Richtung anknüpfen, finden ihr naturgemäßes Schutzmittel in der naturalistischen oder symbolischen Gestaltung der Rechtswelt: diese dritte Richtung ist das Supplement, das Ferment und Korrektiv jener zweiten — Manche würden sie vielleicht am liebsten als: Gegengift bezeichnen; — wir werden auf sie wie durch eine, langsam aber mächtig wirkende, Naturnothwendigkeit hingetrieben. — Dies ist der allgemeine Zusammenhang der drei Richtungen.

Dieselben sind nunmehr einzeln in's Auge zu fassen.

1. Verselbständigung (Emanzipirung).

§. 21. Indem ich sage, unserer gegenwärtigen Jurisprudenz sei das Streben nach Verselbständigung oder Emanzipirung karakteristisch, denke ich hauptsächlich an jene Richtung

unserer civilistischen Dogmatik, welche in Kierulff [1]) ihren Herold gefunden hat. — Von ihrer Wiege an hat die moderne Rechtswissenschaft mit den ererbten Formeln und Formen der römischen Juristen operirt, in ihnen fühlte sie sich sicher und behaglich; sie war froh der Errungenschaft, die mit gewaltigen, langen Kämpfen erkauft war, und sie schien sich dabei begnügen zu wollen; aber die Gängelbänder wurden zu Fesseln, und diese — auch der Geist hat seine Entwickelungsgesetze — müssen, irgend einmal, gesprengt werden.

Kierulff [2]) ist es, welcher zuerst mit Entschiedenheit an die deutsche Rechtswissenschaft das Ansinnen stellte, über die knechtende Satzung des röm. Rechtes sich männlich zu erheben, um endlich der unverbrämten Toga würdig zu werden, um der alten römischen Jurisprudenz ebenbürtig zur Seite treten zu können, kurz um die antiken Quellen nicht als maßgebenden Ausgangspunkt, sondern als Schlußpunkt und freies Ideal anzusehen.

Kierulff sprach es aus, daß „wie jenes Naturrecht ziel- und haltlosen unbestimmten Idealen nachjagt", auch die historische Richtung „den Schauplatz der selbständigen Thätigkeit in unbestimmte Ferne" schiebe, „den deutschen Geist in den Schwebezustand des bloßen Suchens und Strebens nach dem Anfang" banne und eine civilistische Doktrin geschaffen habe, „welche unentschieden schwankt zwischen Theorie und Geschichte und sich von der Praxis ebenso sehr entfernt hält, als jenes Naturrecht". Er stellte an die Spitze seines Begriffes „der Theorie des gemeinen Civilrechts", welchen er geltend zu machen kam, den Plan: zu „zeigen, daß der Versuch, einen von den gangbaren Vorstellungen abweichenden Begriff aufzustellen und durchzuführen, kein willkürliches Unternehmen ist, sondern dem eigenthümlichen Entwickelungsgange der deutschen Jurisprudenz und dem praktischen Bedürfniß der Gegenwart entspricht".

1) Zu vergl. ist übrigens, was Ihering (Jahrbücher für Dogmatik, 1. Heft, 1856. auf S. 22—26. und 39.) über v. Savigny's Bedeutung in diesem Zusammenhange ausführt. Bemerkenswerth ist hier folgende Unmittelbarkeit der Zeitfolge: 1838: Puchta, erste Aufl. des Pandektenlehrbuchs, 1839: Kierulff's Theorie, 1840: v. Savigny's System, 1. Band. 1841: Puchta's Institutionen, 1. Band (1. Aufl.). 1844: Puchta's Pandekten, 2. Aufl.

2) s. die allgemeine Einleitung in seiner „Theorie des gemeinen Civilrechts", Bd. I. 1839.

§. 22. Zwar ist bis auf die neueste Zeit wohl kaum Einer zu nennen, welcher mit derselben Entschiedenheit und Ausdrücklichkeit das von Kierulff [1]) begonnene Werk aufgenommen und fortgesetzt hätte; es war fast, als habe die treibende Kraft, zu früh entbunden, noch nicht ein für sie vorbereitetes Terrain und reifes Material vorgefunden, obwohl von Joh. Christiansen gesagt werden muß, daß er seinem Kollegen in brillanter Weise sekundirte. Weder des Einen noch des Anderen bedeutendes Werk hat eine zweite Auflage erlebt. — Vielleicht aber haben wir dem in diesem Sinne einmal gegebenen Anstoße einen wichtigen Umstand, wenigstens theilweise, zu verdanken, an welchen man in diesem Zusammenhange bis jetzt wohl noch nicht gedacht hat, ich meine die mannigfach erörterte Thatsache, daß neuerdings der s. g. Dogmengeschichte, für welche zuerst v. Savigny einen Grund gelegt hat, mehr Aufmerksamkeit gewidmet wird. Eine im ächten Geist gearbeitete Dogmengeschichte ist gewiß einer der kräftigsten Hebel für die angedeutete Bewegung, denn sie führt uns gleichsam an der Hand des stillwirkenden modernen Volksgeistes über die Schranken des antiken Rechtes

1) Derselbe sagt a. a. O. (S. XXII. XXIII.) noch folgende beherzigenswerthen Worte: „Es handelt sich nicht um Verwirklichung unschuldiger jugendlicher Träume, sondern darum, daß wir für uns, wie wir einmal sind, durch uns, d. h. mit den Kräften, welche im Staat eben zu diesem Behuf bestimmt sind, bewußt und männlich die Organisation des Rechtszustandes unternehmen. Aber man bewerkstelligt dies nicht dadurch, daß man im Stadium des Lernens verharrend anderswoher die Reife zur That erwartet, übrigens aber der stillwirkenden Zeit das Beßte überläßt, und auf einen bewußtlos von selbst sich ergebenden Fortschritt hofft. Wir halten dafür, daß das Zeitalter zum selbständigen Schaffen hinlänglich gereift ist, daß eine allseitige Thätigkeit für das gemeinsame Ziel schon wirklich lebendige Rechtsentwickelung ist, daß nach der Bildungsstufe unserer Zeit dies nur durch Bewußtsein geschehen kann, und daß eben die durch das Bewußtsein hindurchgehende Rechtsentwickelung geistiger Organismus ist. Besonnen müssen die Aufgaben gestellt, die Mittel erwogen die Ausführung versucht werden. Hier sind viele fehlgeschlagene Versuche nicht bloß möglich, sondern auch nothwendig, denn erst der Widerstreit der Kräfte, die Mannigfaltigkeit der Productionen wird dem deutschen Geist die eigenthümliche Virtuosität verschaffen, zu welcher er im Gebiet des Rechts berufen ist. Denn allerdings ist unsere Aufgabe eine andere, als die der röm. Jurisprudenz, und man täuscht sich durchaus, wenn man glaubt, das, wodurch sie sich ausgezeichnet, ihr ablernen und nachmachen, und dasjenige, dessen wir benöthigt sind, bei ihr finden zu können." Der seit dem Ausspruch dieser Worte verstrichene, fast zwanzigjährige Zeitraum ist ihr lebendiger Kommentar.

hinaus, indem sie uns in den Bahnen der Jurisprudenz die Spuren eben dieses selbstschöpferischen Volksgeistes erkennen läßt. Das mustergültige Buch von Briegleb über exekutorische Urkunden und Exekutivproceß (1. Theil 1839 u. 1845), die historischen Erörterungen Biener's über Ursprung und Begriff des Wechsels (in seinen Abhandl. 1846. S. 89—152.), das Bruns'sche Werk über „das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart" (1848), die Girtanner'sche Schrift über „die Bürgschaft nach gemeinem Civilrecht" (1851), die Buchka'sche „Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen" (1852) sind unter den neuesten Erscheinungen, welche diese Spuren auf diesen Bahnen mit Glück verfolgen, rühmlichst hervorzuheben. Von K. O. Müller haben wir uns noch den zweiten, dogmengeschichtlichen Theil seiner Eviktionslehre zu versehen. Von Roßhirt liegt sogar der kühne Versuch einer allgemeinen Dogmengeschichte (1853) vor [2]).

Doch ist auch der Boden der Dogmatik selbst nicht ganz ohne Spuren eines langsamen Fortschreitens jenes Kierulff'schen Gedankens. Windscheid's „Lehre von der Voraussetzung" (1850) ist ein Versuch, der römischen Lehre vom modus eine breitere theoretische (dogmatische) Grundlage zu geben, also uns über den Horizont der röm. Jurisprudenz zu erheben. Und in allerneuester Zeit hat wieder Leist an jene Worte Kierulff's angeknüpft. Auch Leist, obschon er Kierulff vorwirft, daß derselbe sich etwas zu revolutionär über den positiven Boden der Rezeption hinweggesetzt habe, fordert den Fortschritt zu einer „selbständigen Analyse der bei uns bestehenden Rechtsinstitute" und die endliche Erlösung von fremder Dienstbarkeit. Vielleicht läßt sich sagen, daß wie in diesem Punkte Leist sich zu Kierulff verhält, so Ihering's inneres Verhältniß zu J. Christiansen's rechtsgeschichtlichen Spekulationen sei.

§. 23. Diese Selbständigkeit ist eine andere, als diejenige war, welche wir etwa bei der scholastischen Richtung der Kommentatoren, oder in der Schule der alten Praktiker, von Zasius bis Glück, dem Accursius dieser Schule, erblicken können. Die Arbeiten, welche wir aus jenen Schulen hervorgegangen sehen, haben zwar die Welt der Rechtstoffe bereichert, sind aber weit davon entfernt geblieben, eine

2) Vergl. auch die Bemerkung bei Holtius (Abhandlungen, übersetzt von Sutro, [Utrecht, 1852.] S. 204) über eine von einem anderen Juristen in Aussicht gestellte allgemeine Dogmengeschichte.

neue wissenschaftliche Perspektive zu eröffnen. Wenn nun heute verlangt und versucht wird, über das röm. Recht hinauszugehen, so ist es die innere Freiheit und Selbständigkeit der Wissenschaft, welche man im Sinne hat, — einer Wissenschaft, welche die Welt der römischen Juristen nicht zu meistern, sondern zu bemeistern kommt, und indem sie dieser Welt sich geistig bemächtigt, zugleich sich selbst zu schöpferischer Thatkraft und Unternehmungslust erzieht. Bisher ist rezipirt worden. Jetzt werden wir gemahnt und getrieben, aus dem Rezipiren ein Produziren hervorgehen zu lassen, und dies ist das Element, welches in die Geschichtskette unserer Wissenschaft als neue Thatsache sich einordnet [1]).

2. Verfeinerung (Sublimirung).

§. 24. Emanzipation ist in dem hier erfaßten Sinne ein formaler Gesichtspunkt, der nicht ohne Inhalt gedacht werden kann. Wir fragen daher mit Recht, in welcher Weise diese „separata oeconomia" der majorenn gewordenen Rechtswissenschaft sich werde zeigen müssen, und bezieh. wie sie sich zu zeigen angefangen habe. Es handelt sich um nichts weniger als um die Ordnung eines neuen Haushaltes.

Der Gesichtspunkt der äußeren Erfassung des röm. Rechtes tritt zurück, und das Ziel der Doktrin wird mehr und mehr in den inneren Geist der Rechtsinstitute verlegt. Man mag sich nicht mehr damit begnügen, zu wissen, daß die Römer neben dem Eigenthum noch andere dingliche Rechte anerkannten und die Möglichkeit annahmen, daß dieselbe Sachspezies zugleich Gegenstand des Eigenthums und einer Servitut (oder Hypothek) sei (Puchta, Büchel, Arndts, von Scheurl, Böcking, Elvers). Man will die Gründe und die Tragweite der röm. Lehre kennen lernen, daß Singularsuccession auf das Obligationengebiet unanwendbar und dieses dagegen mit anderen Verkehrsformen (Novation und Cession) ausgestattet sei (Mühlenbruch, Brinz, Windscheid, von Scheurl, Del-

1) In dem 1. Hefte der Gerber-Ihering'schen Jahrbücher, welches so eben erschienen ist, finde ich diesen Gedanken von Ihering nicht nur gleichfalls hervorgehoben, sondern fast wörtlich gleich formulirt, überdies eines Weiteren entwickelt, und dabei recht gut auseinandergesetzt, daß die Aufgabe der Gegenwart nicht bloß in einem Construiren, sondern auch in einem Destruiren bestehe (s. Jahrbücher, I. S. 3. 30).

brück, Hinrichs). Man findet den civilistischen Gedanken der röm. Universalsuccession (und der hereditas jacens), auf welchen, seitdem er geschaffen wurde, die vermögensrechtliche Kontinuität der Generationen in fast der ganzen civilisirten Welt gegründet ist, großartig, fein und geistreich; aber man will den Geist, der diesen Gedanken innerlich belebt, auch innerlich begreifen (von Savigny, Puchta, Jhering, von Scheurl, Windscheid, Pagenstecher, Schirmer). Man hat die römische Gestaltung des Cessionsinstitutes in alle Konsequenzen hinein verfolgt und nach allen Richtungen hin festgestellt; aber man fühlt sich immer unbehaglicher in dem Schnürleib der römischen procuratio in rem suam, und man verlangt danach, diesem Institut eine tiefere Perspektive zu geben und seine innere dogmatische Berechtigung klar zu formuliren (Mühlenbruch, von Savigny, Puchta, Buchka, Dernburg, Brinz, von Scheurl, Ruhstrat [1])).

§. 25. Was Labeo und Sabinus, Julian und Gaius, Papinian und Ulpian respondirt, das Alles haben wir mit ausdauernder Sorgfalt gesammelt und gesichtet; aber wir sind nun lüstern geworden nach dem Mark hinter der Rinde, nach dem Kern unter der Schale, nach der Seele in den Formen und Figuren, und wir möchten die geheimsten Motive der Sätze uns in's Bewußtsein erheben, durch welche, wie durch eine Naturgewalt, jene getrieben und gelenkt wurden. Die grobe Schale der das Aeußere betreffenden Kontroversen wird abgestreift, und das Gespinnst der civilistischen Dogmatik in's Feine und Feinere getrieben: die Analyse wird schärfer, die Konstruktion kunstreicher und komplizirter. Da tauchen Probleme der schwierigsten Art auf an Stellen, welche man früher für glatt und klar gehalten; wo ehedem friedliche Stille [1]) und naive Unbefangenheit herrschten, da sieht man jetzt Brennpunkte des lebendigsten Eifers, und wird man rauhe und unwirthliche Pfade und öde Steppen oder fast undurchdringlichen Urwald gewahr. Noch läßt sich die Länge der Bahn nicht ermessen, welche die sublimirende, spirituelle oder spiritualistische Bewegung zu durchlaufen hat. Trotz aller heftigen Anfechtungen der trägen Geister und wohlgemeinten Warnungen der

1) s. zu allen diesen Beispielen die betreff. Ausführungen in meiner Schrift, „die Obligation und die Singularsuccession des röm. u. heut. R." und meine Abhandlung in der Heidelb. krit. Zeitschr. Bd. II.

1) s. z. B. Windscheid in der Münchener krit. Ueberschau, I. S. 182.

ängstlichen Gemüther sehen wir diese Bewegung fast täglich wachsen [2]), und bald werden es nur noch Wenige, vereinzelte Ausnahmen, sein, welche sich ihr zu entziehen vermögen.

Daß dies geschehen werde, soll man daran zweifeln? Auf allen Gebieten der weiten Wissenschaft treffen wir verwandte Erscheinungen. — Aber darum will ich doch die vernommenen Warnungen nicht für durchaus unberechtigt erklären. Denn wir brauchen keineswegs lange zu suchen, um Beispiele einer krankhaften und misbräuchlichen Regung jenes spiritualistischen Triebes zu finden. Es sei mir gestattet, einige Beispiele aus der jüngsten Zeit herauszugreifen.

§. 26. 1. Ich beginne mit einem, wie mir däucht, besonders frappanten Beispiele, welches von mir selbst bereits an anderer Stelle besprochen worden ist; — nicht darum aber, weil dies der Fall, wähle ich dieses Beispiel als das erste und hauptsächlichste, sondern weil mein darüber abgegebenes Urtheil bereits von mehreren gewichtigen Seiten her (namentlich durch Böcking) Bestätigung erhalten hat. Ich meine jene Konstruktion des Servitutbegriffes, welche Elvers in seiner Servitutenlehre (1854) versucht hat, unbefriedigt durch die Resultate des Kampfes, welcher zwischen Büchel, Arndts und von Scheurl jüngst geführt wurde. Ist dieser Kampf selbst ein Zeichen der Zeit für unsere Wissenschaft, so muß von dem Elvers'schen Lösungsversuche dasselbe, nur in etwas anderem Sinne freilich, gesagt werden: oder wäre es nicht wahr, was so oft wiederholt wird: daß gerade im ersten Auftreten einer neuen Idee oder Macht die Gefahr der Ausartung und Selbstübertreibung nahe sei? — So darf es uns denn nicht wundern, wenn hier und da jene Sublimirungstendenz, welche mit der allgemeinen Erstarkung des wissenschaftlichen Geistes so eng zusammenhängt, in so romantische Künstelei und Ueberfeinerung umschlägt, den Gegnern der ganzen Bewegung willkommne Waffen in die Hand spielend. Nach Elvers' Ansicht nämlich wäre der Gegenstand des Eigenthums und der Servitut ein verschiedener, und danach die letztere die Herrschaft über eine als selbständige Sache fingirte (einzelne) Seite oder Eigenschaft der

2) Was oben mit Rücksicht auf die Dogmatik durchgeführt ist, findet sich in derselben Weise auch für die Rechtsgeschichte angebahnt: durch Huschke, Joh. Christiansen, Puchta, Ihering; vergl. des Letzteren „Geist d. röm. R." I. S. 6—10. u. 38. 39. und Jahrbücher für d. Dogmatik, I. S. 4. 41. —

dienenden Sache: von welcher Begriffsbestimmung Böcking [1]) mit Recht bemerkt, daß sie ihren Urheber zu Sätzen dränge, „welche sich kaum ärger aus der Vorstellung der Servitutrechte als vom Eigenthum abgeschnittener oder herausgerissener Stücke ergeben."

2. Jene fingirten Servitutobjekte erinnern uns an die „Forderungen und Schulden" Delbrück's, welchen dieser unter der Firma „vorgestellter Sachen" eine künstliche Verkehrselbständigkeit erobern möchte [2]).

3. Als ein weiteres Beispiel erscheint mir jener Schneider'sche Versuch, dem Wesen und den Wirkungen der Suspensivbedingung einen prinzipiellen und dogmatisch ausgearbeiteten Ausdruck zu geben [3]), welcher zu nichts Geringerem führt, als zu der Aufstellung eines ganz eigenthümlichen Doppelvertrages oder eines künstlichen Etagenbaues zweier Verträge (eines bedingenden und eines bedingten), und welcher meines Bedünkens nicht gehalten werden kann ohne eine Verwischung der logischen Unterschiede zwischen der Rechtsthatsache des Vertrages und dem obligatorischen Rechtsverhältniß, zwischen Fiktion und Retrotraktivkraft [4]).

4. Daneben möchte ich den Konstruktionsversuch stellen, welchen Ihering [5]) in Betreff der Inhaberpapiere neuerdings angedeutet hat. Man sieht hier durchaus nicht ein, warum der Inhaber nicht schon durch Besitzergreifung, was doch im Prinzip des Papiers zu liegen scheint und weit einfacher ist, sondern erst durch Präsentation und Geltendmachung, was zu einer, mindestens theoretischen, Komplizirtheit des Rechtsverhältnisses führt und in den Gedanken des Rechtsinstituts einen Schwebezustand hineinträgt, die Obligation erwerben solle. Ueber der Sorge, die juristische Möglichkeit seines Konstruktionsversuches (welche ich ihm zu bestreiten weit entfernt bin) durch eine recht hübsche Analogie zu verfechten, hat Ihering auffallender

---

1) Pandecten des röm. Privatr., Bd. II. (1855), S. 207.

2) s. meine Schrift „Oblig. u. Singularsucc." §. 25—27.

3) Schneider, in der sächs. Zeitschr. für Rechtspfl. und Verw. N. F. Bd. 9. (1851) S. 1—67. 399—435. Bd. 10. (1852), S. 289—347. 397—480. — Dazu als Theilnehmer des Streites, vergl. Einert, ebendas. Bd. 9. S. 193—248. Hänel, Bd. 9. S. 385—398. Siebenhaar, Bd. 10. S. 1—47. und Kuntze, Bd. 11. (1853), S. 208—259.

4) s. Zeitschr. f. Rechtspfl. Bd. 9. S. 24 ff. Bd. 10. S. 321. u. meine Bemerkungen dagegen: Bd. 11. S. 244 ff.

5) in seinen und v. Gerbers Jahrbüchern, I. S. 49.

Weise versäumt, dessen Bedürfniß nachzuweisen oder auch nur anzudeuten [6]). Auch hier gibt es Forderungen der „Sparsamkeit", nicht bloß in jener von Ihering (a. a. O., S. 45) mit Recht betonten Richtung.

§. 27. Angesichts einer solchen, wie mir scheint, auf civilistische Künsteleien hinauslaufenden transscendentalen Spiritualistik muß es die neue Bewegung nun wohl sich gefallen lassen, von mancher Seite her sich im Ganzen verurtheilt zu sehen. Als thätigster und entschlossenster Wortführer einer unmittelbar reagirenden Partei ist bis jetzt Windscheid zu nennen, welcher in mehreren Aufsätzen der „kritischen Ueberschau" seine Stimme zu Gunsten einer einfachen, kunstlosen, ungesuchten und der täglichen Lebensauffassung mehr entsprechenden Behandlungsweise erhoben hat. Bezeichnend sind jene Worte des Genannten, welche zunächst gegen die Puchta'sche Auffassung der Universalsuccession gerichtet, aber in einem allgemeineren Sinne zu verstehen sind: „Hier möchte ich fast ausrufen: schütteln wir uns und fassen wir uns in unseren gesunden Herzen zusammen, daß wir den klaren Blick wiedergewinnen, den uns Nebelgestalten versperren wollen. Ist es denn so schwer, für ein einfaches (sic!) Verhältniß einen einfachen verständlichen Ausdruck zu finden?" [1]) — Wir können diese Worte als das Motto einer ganzen Partei ansehen. Gewiß, dieselbe hat ihre Berechtigung; aber freilich auch die Richtung, gegen welche reagirt wird, geht aus innerer Nothwendigkeit hervor, und die Reaktion, wie jede Reaktion, läuft Gefahr, über ihr Ziel und Recht hinausgetrieben zu werden; „Videant Consules, ne quid detrimenti...!"

§. 28. Ein von Windscheid wesentlich verschiedener Standpunkt ist derjenige, welchen Leist einnimmt. Wenn ich dennoch denselben, und zwar als Vertreter einer besonderen, gleichfalls neuen,

---

6) Meine Ansicht über das Inhaberpapier habe ich bereits anderwärts angedeutet. Hier genüge daher (was späterer Ausführung vorbehalten bleiben muß) die Bemerkung, daß, was Ihering als Prinzip des Inhaberpapieres hinstellt, von mir für das Kriterium des Blankogiro gehalten wird: bei diesem kommen wir in der That nicht aus ohne die Annahme eines bis zu der Ausfüllung oder der sie vertretenden Präsentation (welche nämlich den definitiven Willen markirt, die Schriftobligation auf sich zu fixiren) suspendirten Obligationserwerbs. Diese Struktur entspricht dem Wesen des Ordrepapieres sowie der komplizirten Physiognomie und geschichtlichen Entstehung des Blankogiro.

1) Vergl. krit. Ueberschau, I. S. 182.

Richtung, hier erwähne, so geschieht dies, weil ich meine, daß ein Hauptsatz seiner mit Emphase verkündeten Reformversuche, im Grunde, eine nicht unwichtige Seite mit jener Windscheid'schen Opposition gemeinsam hat: nämlich die Reaktion gegen die oben bezeichnete Spiritualistik. Der Unterschied ist aber der, daß, während Windscheid im Allgemeinen nur abmahnt, die Sublimirung einfach (auf den früheren Standpunkt der Methode) herabgestimmt wissen, und gleichsam die Quantität jener Tendenz bloß verringern will [1]), Leist den Plan hat, etwas Positives, ein qualitativ Anderes dagegen zu setzen, nämlich die Gefahren des Spiritualismus durch Großziehung eines realistischen Elementes zu paralysiren. Dies ist wohl, und darum locire ich Leist's Studien gerade an den gegenwärtigen Platz der Ueberschau, „des Pudels Kern" [2]). Mag sein, daß jenes Mittel Manchen weniger energisch erscheine, als das Windscheid'sche; dafür aber ist ihm die Gefahr fremd, zu einer bloßen Nivellirung

1) Vergl. u. A. die kritische Ueberschau, I. S. 207.

2) wenigstens der Hauptkern; denn Leist's Reformplan hat noch andere Seiten, unter anderen eine, welche sich, still und doch erkennbar, der historischen Schule entgegenkehrt. Was ich damit meine, wird sofort klar werden, wenn man, (worüber ich weiter unten mich noch spezieller aussprechen werde) zugibt, daß das Leist'sche „Naturstudium" schon in Einert einen hervorragenden vollziehenden Vertreter gefunden habe, und nun die Worte Fick's (in der Heidelb. krit. Zeitschr. I. S. 479.), welche ich ohne Abzug unterschreibe, daneben stellt: „Einert hat mit einem bewunderungswürdigen Takte die Rechtsanschauungen, welche die gesammte kaufmännische Welt der Gegenwart, den jetzt lebenden Kaufmannsstand durchdringen, ohne daß dieser im Stande wäre, sich selbst, geschweige denn dem fragenden Rechtsgelehrten darüber Rechenschaft zu geben, aus ihrem geheimnißvollen Dunkel an's Licht gebracht, er hat sie aus ihren thatsächlichen Offenbarungen im geschäftlichen Leben und Treiben mehr herausgefühlt als herausgelesen. Sein Verdienst besteht gerade darin, daß er hierbei die ganze Vergangenheit des Wechselinstituts, ja überhaupt alle s. g. historischen Grundlagen der Rechtswissenschaft, sei es absichtlich, sei es unabsichtlich ignorirte. Ungetrübt durch die irrigen Vorstellungen, welche die traditionelle Rechtswissenschaft über eine völlig neue, ganz und gar der Gegenwart angehörige Lebenssphäre verbreitet hatte, konnte er sich lediglich an die Gegenwart selbst, an ihre Lebensäußerungen, ihre Bedürfnisse halten, und aus ihnen als seiner einzigen Quelle schöpfen". — Drittens birgt die Leist'sche Theorie ein Element in sich, welches ich als Hervorhebung einer teleologischen Rechtsbehandlung bezeichnen möchte. Sie wäre die Unterlage für den Aufbau einer methodischen Rechtspolitik. Davon s. unten. Vergl. z. B. Leist, dogmatische Analyse I. S. 90. —

und Verwässerung der Theorie zu führen, welche mindestens ebenso zu fürchten ist, als eine transscendentale Verflüchtigung. Vielleicht ist diese kritische Lage unserer Wissenschaft eine ähnliche, wie die der Kunst zu gewissen Durchgangszeiten, wo sie sich zwischen idealistischer und materialistischer Einseitigkeit eingezwängt findet.

§. 29. In Leist's Reformvorschlägen also scheint mir die Befürchtung ausgesprochen, daß das junge Streben nach Vergeistigung und Verfeinerung der juristischen Vorstellungen uns von der natürlichen Basis des wirklichen Lebens losreiße, andererseits aber der Glaube enthalten, daß in dem „Studium der Natur", wie sein Verkündiger es verstanden wissen will, die spiritualistische Theorie ihren Rettungsanker auswerfen könne. Sehen wir näher zu, was Leist sich unter „Studium der Natur" denkt und was er sich von demselben verspricht.

Er sagt: „Aus den Rechtssätzen heraus und durch sie hindurch suchen wir das Leben zu verstehen, statt selbständig erst das Leben uns zu veranschaulichen, um danach die Rechtssätze zu erkennen." Unter „dem Leben" aber versteht er den Inbegriff der „Natursätze", welche unwandelbar und dem Wesen der Dinge, der Menschen, der Verkehrsgestaltungen immanent seien. Diese Natursätze nun müßten mehr als bisher zum Gegenstand einer selbständigen und methodischen Untersuchung gemacht, aus ihrer Erkenntniß, aus „einer Wissenschaft des Lebens" müsse der Hauptstoff für eine Revision der Rechtsätze aufgebaut werden; die „Natur sei die materielle Quelle des Rechtes seinem weit überwiegenden Umfange nach", „es muß den Natursätzen nachgegangen werden, um namentlich mit vollster Genauigkeit zu sehen, in welcher Weise sie in das Rechtsgebiet eingeführt werden"; in vielen Fällen „ist die Existenz des Natursatzes neben dem Rechtssatze nicht eine zufällige und eben deshalb juristisch gleichgültige, sondern sie ist der wahre Grund, die ratio, auf welche sich der Inhalt des Rechtssatzes stützt und aus der er daher auch wissenschaftlich entwickelt werden muß. Der Wille des rechthervorbringenden Organs ist hier nicht originell, sondern etwas Anderem nachfolgend und dies in sich aufnehmend, er ist nur der mütterliche Schoß, befruchtet von der zeugenden Kraft des Natursatzes." [1]) —

---

1) Leist, Ueber die dogmatische Analyse römischer Rechtsinstitute (1854), S. 29. 31. 34. 36. 66. 68. 71. 72. 85.

In dieser Formel scheint der Respekt sich gipfeln zu sollen, mit welchem Leist uns vor der Macht seiner „Natursätze" erfüllen möchte.

§. 30. Ich kann solchen Respekt nicht theilen; denn er scheint mir auf einer ganz irrigen Anschauung von dem Verhältniß zwischen Recht und Leben zu beruhen. Das Leben ist der Gegenstand des schaffenden Rechtsinnes, das Leben soll vom Recht geregelt und beherrscht werden; das Recht muß dem Leben freilich entsprechen und die Lebensverhältnisse wirklich treffen; es erhält mithin durch das Leben seine allgemeine Richtung, sein äußeres Ziel und seine natürlichen Schranken und der schaffende Rechtsinn von des Lebens Bedürfnissen Reiz und Anregung, und die Kenntniß des Lebens wird immer eine Unterlage und Voraussetzung für das Verständniß des Rechtes bleiben; — aber weit entfernt ist das Leben, für das Recht eine materielle Quelle, irgend eines Rechtssatzes Grund, Inhalt und Stoff zu sein. Beides hat Leist, dünkt mich, in einander verschwimmen lassen. Indem er die „Natur" geradezu als „den Vater" des Rechtes bezeichnet und von jedem Rechtsatze, welcher „auf dem Boden eines Natursatzes" ruht, aussagt, daß hier der gestaltende Rechtsinn „nicht originell und selbstthätig" sei und den Schwerpunkt des Willens nicht in sich selbst finde: versagt er dem Rechtsgebiete gerade das, wodurch das Recht erst zu einem Gebiete wird: die innere Selbständigkeit.

Hierdurch mußte sich Leist in harte Widersprüche verwickeln. Als solche bezeichne ich es, wenn er den Rechtsinn dem Leben gegenüber als eine (vielfach) bloß empfangende, von jenem befruchtete, Kraft darstellt, und doch an dem Rechtsinne auch wieder eine selbstständige Thätigkeit anerkennt, — wenn er dem Rechtswillen seinen Schwerpunkt, ihn in ein dem Recht gegenüberstehendes Element verlegend, entzieht und doch noch von einem Rechtswillen und rechthervorbringenden Organ redet. Ein Wille (denke ich), welcher nicht seinen Schwerpunkt in sich selbst trägt, ist eben kein Wille; die Anregung kann von Außen kommen, aber die Quelle kann nur eine innere sein; die Schranke seiner Durchführung kann von Außen auferlegt werden, aber die innere Bestimmung muß in der eigenen Freiheit wurzeln, und darum dürfen wir auch den Schwerpunkt des Rechtes keinesfalls aus dem Recht heraus verlegen.

§. 31. Leist hat, wenn ich ihn anders recht verstanden habe, dies versucht. Er hat dem Recht wieder emporhelfen wollen, aber

es in der That in fremde Knechtschaft gezwängt; er hat eine innere Reform des Rechtes gewollt, aber im Grunde ist er nahe daran, dem Rechte den beßten Theil seines inneren selbständigen Lebens zu rauben. Leist wollte der Rechtsforschung einen festeren Halt verschaffen, aber er hat, indem er dafürhält, daß Natursätze einfach in Rechtsätze übergehen könnten, ohne einen Wandel zu erleiden und etwas Anderes zu werden, die Einfriedigung des Rechtsgebietes zerstört und den Rechtslehrer, der einem Künstler gleichen soll, zu einem Daguerreotypisten degradirt. Leist gleicht dem Lehrer der Aesthetik, welcher eine neue Kunst zu schaffen oder die Kunst reformiren zu können meint, wenn er sie zur Nachahmerin und Sklavin der Natur herabdrückt. Er gleicht dem Linguisten, welcher mit Ermittelung der physiologischen Gesetze der Lautlehre für die Grammatik selbst ein vollständiges Gerüste hergestellt zu haben meint.

Aber Kunst und Sprache und Recht sind durchaus freie Geistesgebiete. Freilich dürfen sie nicht in Widerspruch mit Natur, Körperbau und Verkehrsgang treten; doch ihre Gesetze sind nur aus ihrem eigenen Wesen zu konstruiren. Nimmer kann z. B. das Studium der Anatomie oder Physiologie, der Meteorologie oder Astronomie uns eine neue Perspektive in das Reich der Kunst erschließen, — nimmer mit Feststellung der Lautlehre, welche ein Bestandtheil der Naturwissenschaft bleibt, die Lehre von der Zusammensetzung, Verstärkung und Biegung der Laute, welche der Grammatik anheimfällt, gegründet sein [1]), — nimmer mit Ermittelung des Wesens eines Gegenstandes der im Wort niedergelegte Begriff gewonnen werden [2]). So scheint es mir nun auch, daß das von Leist proklamirte Naturstudium uns keine produktiven Gesichtspunkte für die eigentliche Theorie des Rechtes eröffnen könne. Und hat nicht Leist selbst den Beweis hiervon in dem 2. Hefte seiner civilistischen Studien bereits geführt? So Tüchtiges auch in diesem geleistet ist, eine neugestaltende Methode, ein schöpferisches Prinzip, ein neues stoffliches Element, worauf es doch abgesehen war, wird man vergeblich darin suchen. — Diese Bemerkung enthält, denke ich, ungefähr denselben

1) Vergl. Bruch, Zur Physiologie der Sprache, Basel, 1854, S. 33.

2) Vergl. W. v. Humboldt, Einleitung zur Kawi-Sprache, (Berlin, 1836. §. 11. S. 96.): „Die Sprache stellt niemals die Gegenstände dar, sondern immer die durch den Geist in der Spracherzeugung selbstthätig von ihnen gebildeten Begriffe“.

Einwand, welcher auch von Brinz[3]) gegen Leist erhoben worden ist, und ich schließe mich daher dem Urtheile jenes vollständig an: „daß, was wir diesem 2. Hefte Gutes zu verdanken haben, aus alltäglichen Rechtsstudien entsprungen ist.“

§. 32. Das „Naturstudium“ im Leist'schen Sinne und Umfange ist eine Welle in der allgemeinen realistischen Strömung, welche im Augenblick alle Gebiete des Lebens und auch der Wissenschaft überspült. Wir dürfen die Gefahren nicht verkennen, welche sich an die Entfesselung dieser realistischen Fluten knüpfen; denn es gibt auch einen berechtigten Idealismus. Nichts desto weniger können diese Fluten, gehörig eingedämmt, uns sehr dienlich werden. Ich wenigstens mag dem Urtheil nicht beitreten, welches Brinz unmittelbar neben Obiges stellt: „daß der Probe genug sei, daß des Verf. Naturstudium zu nichts führt.“ Es ist ein Verdienst Leist's, uns nachdrücklich daran gemahnt zu haben, daß der Rechtsinn sich nicht in unbeschränkter Selbstüberhebung und überreizter Idealistik von dem Boden des Lebens losreiße, daß die Regeln der Natur und die Bedingungen des Verkehrs als Prüfsteine der Theorie zu benutzen seien, und diese um so glücklicher sein und sicherer fortschreiten werde, je mehr sie jener „natürlichen“ Voraussetzungen eingedenk bleibt; — und es ist nicht ohne Bedeutung, daß eine solche Mahnung gerade in jetziger Zeit an uns ergangen ist. Einen neuen „Stil“ wird Leist uns nicht schaffen mit seinem Gedanken eines „Naturstudiums im Recht“; aber es ist auch schon Etwas, zu rechter Zeit auf die Schranken hingewiesen zu haben, durch welche die „Romantik“, die „Phantasterei“, die raffinirte Laune und Willkühr gezähmt werden, die wie in der Kunst, so auch im Recht ihr Spiel treiben können. Einen neuen Lebensodem wird Leist der Theorie durch seine Vorschläge nicht einhauchen, aber er hat auf das Bedürfniß aufmerksam gemacht, der Theorie eine solide und reelle Unterlage zu schaffen.

Vielleicht ist es nur die Ausführung des von Leist zuerst (im 2. Hefte seiner Studie) aufgestellten Beispieles, welche, weniger geglückt, nicht im Stande war, — oder seine rasche Hoffnung, mit dieser realistischen Behandlung die ganze Theorie von allen ihren Gebrechen heilen zu können, welche verhindert, das nöthige Licht auf

---

3) in den Schletter'schen Jahrbüchern, I. S. 10. und II. S. 133.

den leitenden Gesichtspunkt fallen zu lassen. Ich will an einigen Beispielen zu zeigen versuchen, daß das Naturstudium, wie Leist es fordert, wenn es auch nicht schöpferisch und grundbestimmend in die Rechtswissenschaft eingreifen kann, doch nicht ohne Nutzen für die Rechtspolitik ist und ein heilsames Gegengewicht gegen die oben geschilderte Sublimirungstendenz in der That bilden kann. Die Zurückführung auf das rechte Maß wird dem Werthe dessen, was bleibt, zur Geltung verhelfen.

§. 33. Belege für die Wichtigkeit des juristischen Naturstudiums: A. Werfen wir zuerst einen Blick auf den Stoff des (gewöhnlich s. g.) allgemeinen Theiles der Rechtslehre. Hier werden uns manche Dogmen einfallen, denen es noch an einer genügenden Feststellung der natürlichen Unterlagen gebricht. Ich will hier aus ihnen die Lehre von den s. g. juristischen Personen hervorheben. Schon diese übliche Bezeichnung zeigt die Unsicherheit und Unklarheit der Doktrin. Oder wären die physischen Personen nicht auch „juristische Personen"? Physisch und juristisch bilden überhaupt keinen ächten Gegensatz, und denkt man bei den Ausdrücken: „physische, natürliche Person" an das derselben gegebene Natursubstrat, so muß eben behauptet und mit allem Nachdruck hervorgehoben werden, daß auch die s. g. juristische (besser — vergl. l. 66. §. 2. D. de legat. II. — die nichtleibliche, die intellektuelle) Persönlichkeit eines solchen Natursubstrats nicht entbehrt und nicht entbehren kann. Dies anzuerkennen ist wichtig. Denn nur so kann es uns gelingen, die durchaus unrichtige Vorstellung, daß die intellektuelle Persönlichkeit auf einer Fiktion ruhe, zu überwinden [1]), die Frage, ob die hereditas jacens unter die intellektuellen Personen zu zählen sei, endlich zu lösen und ein festes Eintheilungsprinzip für die verschiedenen Arten dieser Personen zu gewinnen. Jenes Natursubstrat der intellektuellen Persönlichkeit erfassen wir nicht, wenn man

1) Wie sehr diese Vorstellung geeignet ist, dem Begriff der Fiktion, welcher von so bedeutender juristisch-dogmatischer und rechtshistorischer Tragweite ist (s. meine Schrift über Oblig. und Singularsucc. §. 22. S. 88 ff.) zu verwischen, habe ich anderwärts (a. a. O. §. 22. S. 87. u. §. 94. S. 376 ff.) gezeigt und dabei hervorgehoben, daß nicht die Existenz, sondern nur die Vertretung („Verfassung") der intellektuellen Person (durch ihre Organe) auf der dogmatischen Voraussetzung einer Fiktion ruhe. Die Vermischung beider Gedanken findet sich zuletzt bei Walter, System d. deut. Privatr. §. 84. S. 85.

uns mit der dürren Formel abfinden will, daß das Subjekt ein „als Person anerkannter Begriff oder Zweck" sei, oder den Gegensatz von jur. Personen mit der Unterlage eines Personenvereines und eines Güterkomplexes als principielle Unterscheidung an die Spitze stellen zu können denkt, und das Wesen jenes Natursubstrates schlüpft uns durch die Hände, wenn wir es nur an den s. g. Korporationen, (nämlich in der sichtbaren Erscheinung der Vereinsglieder) zu erkennen meinen. Der Sinn, mit welchem wir es hier zu thun haben, liegt ganz wo anders, und seine Erforschung ist eben ein „Naturstudium".

Dieses Naturstudium nämlich, geleitet durch den Hinblick auf den Grundgedanken des Rechtes, das Willenselement [2]), führt uns meines Dafürhaltens zu der Aufstellung, daß ein wirklicher (oder doch prinzipiell möglicher: so bei Wahnsinnigen und Kindern im Gegensatz des monstrum) Wille das unerläßliche Natursubstrat der Persönlichkeit sei. Die natürlichen Arten dieses Willens bilden die Kriterien für die Unterscheidung der Arten der Persönlichkeit: wir unterscheiden also, je nachdem jener Wille der eines einzelnen lebenden Individuums ist und sich in diesem Individuum als natürliche Einheit darstellt, oder je nachdem es an dieser lebendig-einheitlichen Darstellung mangelt. Letzterenfalls aber haben wir es wieder zu thun entweder mit einem persönlichen Einzelwillen (dem des Stifters einer „Anstalt"), welcher in einem einzigen Willensakt sich objektivirt und in überzeitlicher Souverainetät sich als festes Centrum einer zeitlichen Wirksamkeit hinstellt, oder mit einem Kollektivwillen zeitlich sich ergänzender und ablösender Individuen (der Vereinsglieder). In beiden Fällen also liegt ein Wille als natürlicher und juristischer Ausgangs- und Mittelpunkt, in beiden Fällen eine an diesen Willen gekettete und durch ihn getragene Vermögensphäre vor, — und es verrückt das Wesen des Verhältnisses durchaus, wenn wir im einen Fall den Individuenverein, im anderen Fall den Vermögensfonds in den Vordergrund stellen. Eine Persönlichkeit ohne Vermögensphäre ist undenklich, unkonstruirbar, und sollte ihr auch

2) Das Recht ist überhaupt nichts mehr und nichts weniger als der organisirte Wille der organischen (historisch gegebenen) Genossenschaften, gleichwie die Sprache das organisirte Denken, die Kunst das organisirte (ästhetische!) Empfinden, die Religion das organisirte Glauben ist. Dies sind ja die vier Urdimensionen des menschlichen Geistes.

alle positive Füllung (Vermögens r e ch t e) mangeln oder die Schulden überwiegen [3]). Bei den S t i f t u n g e n (milden Stiftungen, gemeinnützigen Anstalten, Familienstiftungen und Familienfideikommissen, welche letzteren eine deutschrechtliche Art der St. sind) wird durch den Begründer ein Wille ein für allemal gesetzt; auf diesen fixirten Willen („providentia majorum"!) führt sich alle zukünftige Existenz und Thätigkeit (der Organe) zurück; es erscheint nach des Stifters Ableben (oder überhaupt nachdem die Stiftung selbst ins Leben gerufen ist, denn von diesem Augenblicke an steht sie auf eigenen Füßen) sinnlich nichts weiter als der gespendete Vermögensfonds, in Wahrheit aber und „juris intellectu" ist es der durch die Achtung der Generationen (der Genossenschaft, des Staates, der Gemeinde, der Familie) getragene W i l l e des Stifters, welcher die gegebene Naturgrundlage der Anstaltspersönlichkeit ist. Die Organe sind nur dazu bestimmt, jenen generellen, durch sich unentwickelungsfähigen und unbeweglichen Willen zu spezialisiren, zu realisiren und gleichsam zu mobilisiren. Bei den K o r p o r a t i o n e n (Gemeinde, Staat, freien Assoziationsgenossenschaften) dagegen haben wir als natürlichen Träger der Persönlichkeit und als juristischen Mittelpunkt der Vermögensphäre den sich fortsetzenden, verknüpfenden, umändernden, ergänzenden und erweiternden K o l l e k t i v w i l l e n der Mitglieder, welcher sich in dem durch den gemeinsamen und fixirten Zweck geregelten Zusammenwirken und Ineinandergreifen als soziale Einheit darstellt. Auch hier gehört eine Vermögensphäre „juris intellectu" (und ein positiver Fonds „utilitatis ratione") zum Dasein, doch mit d e r Unterscheidung von der Stiftung, daß der Fonds aus der Zubuße- und Beisteuerungspflicht der Mitglieder sich fortwährend erzeugt.

§. 34. B. G e b i e t d e r R e a l - o d e r S a c h e n r e c h t e. Hier gehören z. B. die Untersuchungen über die natürlichen Unterschiede der beweglichen und unbeweglichen, der vertretbaren und unvertretbaren, der verzehrlichen und nichtverzehrlichen [1]) Sachen in den Bereich des Leist'schen Naturstudiums. Würde diesem von der bisherigen Doktrin mehr ernste Aufmerksamkeit gewidmet worden sein, so

3) Das Erforderniß eines positiven Vermögens ist kein rationell-civilistisches (cf. l. 119. und l. 195. §. 2. D. de V. S.), sondern bloß in der ratio utilitatis begründet.

1) Gaius: „nec enim n a t u r a l i s r a t i o auctoritate Senatus commutari potuit" (l. 2. §. 1. D. de usufr. ear. rer., quae usu cons. 7, 5).

würden unsere, selbst die neueren, Lehrbücher nicht so häufig so ungeschickte Formulirungen aufzuweisen haben, wie bei der Frage: ob Forderungen zu den mobiles oder immobiles res zu zählen, und bei den Betrachtungen über die corporales und s. g. incorporales res zu Tage gekommen sind.

In dasselbe Kapitel gehören die Auseinandersetzungen über die corporalis detentio, für welche uns — das hat v. Savigny uns gezeigt — das R. R., mit seiner gesund-realistischen Anschauungsform, eine so reiche und sichere Ausbeute gewährt; ferner die Auseinandersetzung des Unterschiedes der praedia rustica und urbana, so wie die Feststellung der Begriffe der künstlichen (juristischen Kollektiv-) Sachen (der s. g. universitates rerum distantium), in deren Gebiet zuerst Hasse, Mühlenbruch, Warnkönig und Puchta nothdürftig aufräumten (vielleicht noch mit einer zu ängstlichen Anschmiegung an römische Sätze).

Es muß zu einer gründlichen Verwirrung der, doch möglichst rein zu haltenden, Begriffsanschauungen des Anfängers führen, wenn bei Darstellung der Sachen, als eine Eintheilung dieser, der Unterschied von corporales und incorporales res [2]), oder bei Auseinandersetzung der Theilbarkeit der (körperlichen) Sachen das so bedeutsame Phänomen der Intellektualtheilung behandelt wird, gleich als ob diese Eintheilung die Sache, und nicht das (dingliche) Recht an ihr beträfe. Das Dogma von der Untheilbarkeit der Servituten [3]) zeigt uns, welche Nachtheile jene unlautere und unvollständige Betreibung des „Naturstudiums" zur Folge haben kann, — haben muß.

§. 35. C. Gebiet der Obligationen. Unsere beßten Lehrbücher sind auch hier noch überaus mangelhaft und prinziplos. Theils

---

2) nämlich in Anknüpfung an die bekannten römischen Aussprüche; — denn es gibt in der That incorporales res im eigentlichsten Sinne, nämlich 1) die universitates rerum distantium, welche Puchta (Instit. Bd. II. §. 222. a. E.) mit Recht als unkörperliche, mit Unrecht aber als fingirte Sachen bezeichnet: eine Fiktion liegt hier so wenig zu Grunde, als bei den intellektuellen Personen; es ist ein Wille, der Wille des Interessenten, welcher die distantia capita zur Einheit zusammenschmilzt, und das Recht erkennt nur diese gegebene Willenseinheit an; Anerkennung einer Thatsache ist aber gerade das Gegentheil von Negirung einer Thatsache, worin das Wesen der Fiktion besteht. 2) die obligatorischen Rechtsobjekte und 3) die Gegenstände der Idealrechte; s. unten §. 41.

3) Vergl. meinen Aufsatz in der Heidelb. kritischen Zeitschrift, Bd. I. S. 558 ff.

werden in ihnen alle hiehergehörigen Betrachtungen geradezu unterdrückt, theils aber ohne alle Methode angestellt. Ich will daher durch einige weitere Belege, namentlich aus dem modernen Verkehrsleben, wo wir nicht das Glück haben, an der gängelnden Hand der römischen Juristen wandeln zu können, das Terrain und die Aufgabe des „Naturstudiums" abzustecken und aufzuhellen versuchen.

Betrachten wir das Gebiet der s. g. Glücksverträge oder der aleatorischen (von mir s. g. alternativen: vergl. meine Schrift über „die Obligationen u. s. w." §. 89. S. 356.) Obligationen! Jeder weiß, wie roh die Theorie gerade dieser noch ist, wie unklar und unbestimmt bis jetzt die Kriterien sind, nach welchen die verschiedenen Arten dieser Obligationen: Differenzgeschäft, Spiel, Wette, unterschieden werden, wie schwankend die Gesichtspunkte sind, nach welchen die Frage ihrer civilrechtlichen Anerkennung (Klagenausrüstung) zu beantworten sei, und wie willkührlich und prinziplos man die elastische Kategorie der „gewagten Geschäfte" ausgedehnt hat [1]). Hier wird uns so recht klar, was es bedeutet, wenn der Theorie der rechte Boden des Lebens unter den Füßen fehlt.

§. 36. Spiele, Wetten sind Thatsachen, welche ihr bestimmtes, eigenes Wesen haben; die besonderen Motive, welche jeder derselben innewohnen, haben einen bestimmten Zusammenhang mit dem gesellig-ökonomischen Verkehrsgetriebe und dem psychischen Wesen des Menschen. So lange wir es mit dieser ihrer natürlichen Struktur zu thun haben, tritt kein juristisches Moment hervor: hier ist das Feld des Leist'schen „Naturstudiums". Denn wir können uns Spiele und Wetten denken, bei denen es an jedwedem rechtlichen Interesse gebricht, und wir müssen sagen, daß dieselben nur (durch Verkettung mit einem Vermögenswerth) das Gepräge eines Rechtsverhältnisses erhalten können [2]).

---

1) Vergl. u. A. darüber Walter, System des deut. Privatr. §. 368., auch v. d. Pfordten Abhandlungen S. 327 ff. und Wilda in d. Zeitschr. für deut. R. Bd. 8. S. 206 ff.

2) Ich kann hiernach Brinz' nicht beistimmen, wenn er (Schletter'sche Jahrbücher, I. S. 13) sagt, daß kein Lebensverhältniß existire, in welches das Recht nicht unauflöslich verwoben wäre, und daß daher das Naturstudium immer zugleich Rechtstudium sei, — noch Ahrens', wenn er (jurist. Encycl. I. S. 41) sagt, daß das Recht eine formelle Seite an jedem Lebensverhältniß sei. — Lehnswesen u. Lehnsrecht, Handelswesen u. Handelsrecht haben einen zum Theil sehr verschiedenen Stoff.

Insofern sie nun Rechtsverhältnisse sind, müssen ihre Regeln aus dem Wesen der Rechte überhaupt und der obligatorischen Rechtskonfigurationen insbesondere ermittelt werden: das liegt eben in der idealen Selbständigkeit des Rechtsgebietes begründet. Aber wir können uns nimmer entschlagen, die juristische Spekulation an das anzulehnen, was sich als die soziale Natur, als der allgemein psychologische Karakter von Spiel und Wette ermittelt hat. Freilich, man hat diese Erwägungen nie ganz bei Seite gelassen, weil man es nicht gekonnt hat; aber noch scheint es an der so nöthigen Sicherheit und Uebung des Blickes in dieser Richtung zu fehlen. So ist es geschehen, daß man bald den Begriff des Spiels, bald den der Wette, durch Unterstellung irgend welchen plattgedrückten Gesichtspunktes so weit generalisirte, daß alle übrigen verwandten Erscheinungen: unter das Spiel Wette und Differenzgeschäft, oder unter die Wette Differenzgeschäft und Spiel subsumirt und ganz willkührliche Kriterien aufgestellt wurden, um erlaubte und verbotene Geschäfte zu unterscheiden; noch heute streitet man lebhaft über das Prinzip, wonach die Zulässigkeit des Differenzgeschäftes rechtspolitisch zu bestimmen sei.

§. 37. Ich meine nun, daß das Studium der Natur jener drei Geschäfte, wie wir es uns recht wohl auch von einem Nichtjuristen angestellt denken können, Folgendes ergibt. Der psychologische Kern der Wette liegt in der wechselseitigen Geltendmachung der intellektuellen (auch moralischen oder ästhetischen) Ueberlegenheit (in einem gegebenen Falle) und in der übereinkünftlichen Bestimmung eines Symbols, welches mithin für den Einen der Siegespreis, für den Anderen das Sukkumbenzzeichen wird. Eine solche Bestimmung, weit entfernt, wie Walter meint, etwas „dem feineren Gefühl Widersprechendes" zu haben, scheint mir vielmehr der naive Ausdruck einer gesunden und plastischen Nachdrücklichkeit, einer unter Umständen mit recht erfreulicher moralischer Wirksamkeit begabten Energie des sozialen Geistes zu sein. Die Natur des Spieles dagegen besteht in einer Kurzweil oder in dem Reiz eines belustigenden Zeitvertreibs [1]), welcher

1) Es ist m. A. n. ganz falsch, die Thätigkeit der Spieler als das wesentliche und primäre Moment geltend zu machen. Freilich ist ein Zeitvertreib kaum anders denkbar als durch zeitausfüllende eigene Thätigkeit (geistige oder körperliche Beschäftigung irgend welcher Art) der Spielenden, aber das Motiv des Zeitvertreibs und der Erholung bleibt das primäre. Dies

für die psychische Organisation des Menschen (in diesem Sinn ist die Arbeit des Spieles Gegensatz) dasselbe ist, was für die physisch-vegetative Organisation der Schlaf (der auch nicht absolute Ruhe ist) im Gegensatz des Wachens ist. Auch das Spiel hat daher seine unantastbare soziale Berechtigung.

Halten wir an Diesem fest, so leuchtet ein, daß die landübliche Unterscheidung von Hazard- und Kunstspielen, auf welche man immer mit so wichtiger Miene den Nachdruck legt, durchaus nicht aus dem Prinzip des Spieles heraus deduzirbar, daher nicht als Kriterium der Zulässigkeit der Spiel-Arten verwendbar ist. Dagegen wird es mit obigem Material leicht, die Grenze festzustellen, von welcher an der rechtliche Schutz (durch Rechtsmittel) den Wetten und Spielen versagt werden muß: dies ist nämlich unverkennbar der Fall, sobald dort eine moralische Genugthuung, hier jener erheiternde Zeitvertreib aufhören maßgebend zu sein, und unedle Gewinnsucht an deren Stelle und in den Vordergrund tritt. Ist sonach der Einsatz oder Wettbetrag zu einer unverhältnißmäßigen Höhe hinaufgeschraubt, oder der Inhalt der Wettbehauptung ein absolut zufälliger, inkommensurabler und mithin einer Ueberlegenheitsbewährung unempfänglicher, so findet ein Misbrauch der Wett- und Spielformen im sozialen Sinne statt, und die Rechtspolitik erkennt darin die natürliche Schranke des zu gewährenden Rechtschutzes.

§. 38. Das Differenzgeschäft, dieses Kreuz der modernen Rechtspolitiker, anlangend so werden wir bei ihm vergeblich nach einem intellektuellberechtigten und wohlanständigen Zwecke [1]) suchen; es läuft auf reine Spekulation aus steriler Gewinnsucht hinaus; in ihm schlummert kein Funken eines rationellen sozialökonomischen Motivs. Allerdings ist es ein Geschäft selbständiger Art und weder Spiel noch auch Wette, wie bald dieser bald jener gewähnt hat; allerdings ist seine civilistische Struktur derjenigen des Spieles und der Wette durchaus homogen (sie fallen alle drei in die Kategorie

---

ist auch Wilda's und v. Vangerow's Ansicht; Gerber dagegen, jenes Motiv ignorirend, drängt das Element der Thätigkeit allzusehr in den Vordergrund und verliert darüber das prinzipielle Kriterium, so energisch er dies auch postulirt.

1) Es ist das „indecorum" oder „contra bonos mores" nach der Ausdrucksweise der Römer (vergl. z. B. l. 12. §. l. D. de tut. 26, 5., l. 61. D. de V. O. 45, l).

der von mir s. g. *alternativen* Obligg.), wie Alle richtig erkannt oder doch geahnet haben; aber seine soziale Natur ist von der der anderen zwei gar weit abgelegen. Diese zwei nämlich sind an sich ganz gesunde Elemente, das *Differenzgeschäft* ist ein Krebsschaden des Verkehrsorganismus, ist eine todte Hülße ohne industriellen oder merkantilen Kern, eine taube Nuß am Lebensbaume, welche den gesunden Früchten Nahrung und Licht schmälert. Das Differenzgeschäft, und zwar das Differenzgeschäft überhaupt, steht daber auf gleicher Stufe mit *Spiel* oder *Wette aus Gewinnsucht*, und es ist, während die weise Jurisprudenz über die Gesichtspunkte noch streitet, vom Leben längst verurtheilt: dadurch nämlich, daß es nie in seiner wahren Gestalt an's Tageslicht kommt, sondern in der geborgten Hülle eines Lieferungsgeschäftes, also als Simulation auftritt [1]); ein entschiedeneres „Schuldig" kann nicht gesprochen werden.

§. 39. Das *Ausspielgeschäft unter Miteigenthümern*, welches mit den eben besprochenen drei Geschäften die civilistische Struktur gemeinsam hat, bildet gleichsam den (dem Differenzgeschäft) entgegengesetzten *rechtspolitischen* Pol: denn mit seinem Wesen ist ein vollberechtigtes soziales Motiv (Auseinandersetzung einer communio) so eng verbunden, daß es nicht ohne dieses gedacht werden kann.

Wir sehen also: diese Erkenntniß der psychologischen Verkehrsnatur vom *Spiel* u. s. w. klärt uns nicht über die systematische Stellung, das juristische Prinzip, die obligatorische Struktur dieser Geschäfte (als *Rechts*verhältnisse) auf; aber sie gibt der Gesetzgebung leitende Gesichtspunkte an die Hand, sie verknüpft die juristische Behandlung mit dem Leben und befreit die Theorie von fremdartigen Elementen. Sie bereichert zwar unsere *Rechts*anschauung nicht mit neuen Formeln und Formen, aber sie bewässert den Fruchtboden, aus welchem die juristischen Formeln und Formen hervor-

---

1) Es ist mithin streng zu unterscheiden der *rechtspolitische* und der rein *civilistische* Standpunkt; nur jener schlägt in das *Naturstudium* ein. *Civilistisch* rangirt das Differenzgeschäft *ganz gleich* mit Spiel und Wette; seine sozialpsychologische Natur hebt es ab von der Linie, welche durch Spiel und Wette gebildet ist, aber nicht absolut; es ist verschieden von Spiel und Wette *an sich*, aber es fällt zusammen mit denselben, *insofern* ihr Motiv in Gewinnsucht übergeht. Es ist daher prinziplos, die Zulässigkeit des Differenzgeschäftes aus der Zulassung von Spiel und Wette deduziren zu wollen.

sprießen. Jenes zeigt uns, wo wir von der Leist'schen Lehre nichts zu erwarten haben; dieses belehrt uns über ihre Heilsamkeit.

§. 40. Wir wollen noch zwei andere Beispiele aus dem Obligationenrecht, welche im Leist'schen Sinne dem Naturstudium Stoff bieten, kurz in's Auge fassen: das Kaufgeschäft und das Darlehn. Wir können nämlich, dünkt mich, die römische Behandlung des Kaufs, welche bekanntlich nicht Eigenthumsübertragung zu einem Moment desselben erhoben hat, sondern bei der praestatio auctoritatis (rem habere licere) stehen geblieben ist, nur dann ganz verstehen und praktisch würdigen, wenn wir die wirthschaftliche Bedeutung und den normalen Gang des Verkehrslebens in Betracht ziehen. Indem die Römer dieses berücksichtigten, bewahrten sie sich vor der Aufstellung einer engherzigen und spröden Theorie und gaben dem Kauf, bei aller Präzision seiner civilistischen Struktur, eine nicht genug zu bewundernde Dehnbarkeit und Schwungkraft. Anders stellt sich das Verkehrsbedürfniß bei dem Darlehn. Bei ihm entspricht vielmehr eine gewisse sinnliche Straffheit dem Normalbedürfniß des Geschäftsganges [1]). Demgemäß erhoben die Römer den Eigenthumsübergang (man denke hierbei an das depositum irregulare als die andere Möglichkeit) zu einem Rechtsmoment des mutuum. — Wir sehen also, beim Kauf würde man über den Gang und Drang des Verkehrs hinausgreifen, wenn man sich auf den Eigenthumsübergang steifen wollte, beim Darlehn aber würde man hinter dem Verkehr zurückbleiben, wenn man den Eigenthumsübergang nicht urgiren wollte, und die Erkenntniß dieses Gegensatzes wird uns durch das Naturstudium im Leist'schen Sinne vermittelt.

§. 41. D. Gebiet der Ideal- oder Urheberrechte. Ich schließe die Betrachtung über das „Naturstudium" mit demjenigen Gebiet, in welchem unstreitig für jenes bei Weitem am meisten zu thun übrig ist.

1) Treffend äußert sich Kumpf („die wirthschaftl. Bedeutung des Darlehns," in der Zeitschr. f. d. gesammte Staatswissensch. 11. Jahrgang, 1855. S. 485): „Wenn die Gesetzgebung im Privatrecht sich ausspricht, daß bei Ausleihen verbrauchlicher Dinge der Entleiher durch deren Empfangnahme auch ihr Eigenthümer wird und alle Eigenthumsrechte über sie erhält, so ist dies nicht etwa eine dem Rechtsgefühle entfließende Bestimmung, sondern das Privatrecht schließt sich dabei nur dem natürlichen Gange des Verkehrs an und macht eine wirthschaftliche Nothwendigkeit zur Rechtsregel."

Unter allen Rechtsbegriffen, welche das moderne Recht vor dem antiken voraushat, ist vielleicht keines, welchem eine größere Tragweite für das soziale Leben innewohnte, als das s. g. ideale Eigenthum oder literarisch-artistische Urheberrecht. Wie weit ist nun unsere Doktrin mit demselben gediehen? — Ein Blick in die Kompendien des deutschen Privatrechtes lehrt uns sofort, daß von einer gemeinsamen theoretischen Basis hier bis jetzt nicht geredet werden kann. Diese Anarchie hat vielleicht mancherlei Gründe; gewiß aber ist unter denselben nicht der letzte der, daß jenes Leist'sche Naturstudium an dieser modernen Gattung von Rechten nicht mit der gehörigen Sorgfalt, nicht methodisch betrieben wurde.

Dieses Naturstudium hat uns vor Allem aufzuklären, worin denn eigentlich die Natur des Rechtsobjektes bestehe, welches hier in Betracht kommt. Man spekulirt geradezu in's Blaue, so lange man über diese Vorfrage nicht vollständig im Reinen ist. Renouard sagt vom Urheberrecht, daß es, wenn man auf die ideale Begründung sehe, ein Irrthum sei [1]); wie denn auch die französische Legislation überhaupt (vergl. das Gesetz von 1844) sich von dem früheren positiven Gedanken eines Eigenthumsrechtes wieder ab und der englischen Auffassung, „welche den Grund der Sache nicht ausspricht, sondern nur die Wirkungen des Monopols hervorhebt," zuzuwenden scheint. Nichts destoweniger ist Jobard in seiner Theorie wieder auf den positiven Gedanken eines Eigenthumsrechtes zurückgegangen, während andererseits ein deutscher Jurist, Jolly, und ein deutscher Nationalökonom, L. Stein [2]) an der wissenschaftlichen Erkenntniß oder prinzipiellen Konstruktion eines positiven Autorrechtes absolut zu verzweifeln scheinen.

Die Einen stellen dieses Idealrecht in das Personenrecht, die Andern in das Sachenrecht, noch Andere behandeln es bloß unter dem ärmlichen Gesichtspunkte des Verlagsvertrags oder einer Deliktsobligation. Die Einen entwickeln aus dem Prinzip des Urheberrechtes ewige Dauer desselben, die Anderen nehmen die positive Beschränkung

---

1) s. Bluntschli in der krit. Ueberschau, I. S. 1 ff.

2) Vergl. Stein in Haimerl's Magazin, Bd. XIII. (1856) S. 118. — Stein's Begründungsversuch kommt wieder rein auf den teleologischen (nationalökonomischen) Gesichtspunkt hinaus, und dieser kann, wie in jeder Wissenschaft, so auch hier nicht genügen: ebensowenig wie die s. g. relativen Straftheorien als zulänglich erschienen sind.

dieser Dauer als juristisches Fundamentaldogma. Man handelt die internationale und die criminalistische Seite ausführlich ab, entbehrt aber eines civilistischen Prinzipes, was die Grundlage des Ganzen abgeben müßte. Man zählt verschiedene Arten der Gegenstände des Urheberrechtes auf, aber den Begriff des Gegenstandes, des Rechtsobjektes selbst, hat man bis jetzt noch nicht in klarer und fruchtbringender Weise formulirt [3]), und unser Gesichtspunkt, nach welchem der Umfang des ganzen Gebietes dieser Rechtsobjekte zu bestimmen sei, ist noch ein überaus beschränkter.

Wir werden einen festen Boden nimmer gewinnen, bevor nicht die Natur des hier in Frage kommenden Rechtsobjektes gründlich studirt und festgestellt ist.

§. 42. Ich kann hier nichts als eine Andeutung geben. Sollte sich z. B. durch dieses Studium herausstellen, daß wir es hier mit Werthobjekten als wirklichen Spezies einer ganz besonderen Klasse zu thun haben, welche, ohne sinnliche Darstellung und ohne Unmittelbarkeit der Erscheinung, als ideale Existenzen [1]) vorhanden, gleich den körperlichen Spezies, aus Form und Stoff gebildet sind und mithin einen dem Gebiet der körperlichen Rechtsobjekte analogen oder parallelen Bereich des Geisteslebens aus-

---

3) Denn daß nicht die einzelne sinnliche Erscheinung der Idee es sei, darüber ist man nun einig. Am weitesten in der Ausbildung der zu Grunde zu legenden Vorstellung vom Rechtsobjekt scheint mir bis jetzt Eisenlohr (das literarisch-artist. Eigenthums- und Verlagsrecht, 1855) es gebracht zu haben. Doch muß der Grundbegriff noch energischer konsolidirt werden.

1) Diejenigen, welche etwa an der Vorstellung unkörperlicher Rechtsobjekte Anstoß nehmen wollen, mögen sich hier nochmals an die bereits den Römern bekannten unkörperlichen Rechtsobjekte erinnern lassen. Als solche (um von dem Objekt des Erbrechtes zu schweigen) sind — nicht der Gegenstand der **jura in re aliena**, welcher von den Römern in einem anderen, nicht hieher gehörigen Sinne als **res incorporalis** bezeichnet ist, wohl aber — die Objekte der Forderungsrechte und die s. g. **universitates rerum distantium** zu nennen: jene sind schuldnerische Handlungen, welche zwar im Augenblick ihrer Realisirung nicht ohne sinnlichen Vorgang stattfinden, aber doch in ihrer juristischen Konkretheit unkörperliche Existenzen d. h. nur ideell von der Freiheitsphäre des Schuldners ausgeschiedene Individualgrößen sind; diese sind gleichfalls nicht ohne sichtliche **capita** (als Elemente) denkbar, aber sind doch nur als unkörperliche Einheiten Rechtsobjekte und bilden nur „**juris intellectu**“ ein „**unum corpus**“ im Sinne des §. 18. **J. de legat. (II, 20).**

füllen [2]): so werden wir eine Summe von Analogien des Sachenrechtes gewinnen, welche, ohne doch den spezifischen Gesetzen dieses uns unterthan zu machen, unseren Konstruktionen Maß und Halt verleihen können.

Im Verfolg dieses Grundgedankens werden wir nicht nur mit gebührender Schärfe und leichter Mühe das Recht am Manuskript, Grundriß, Plan, Exemplar u. s. w. von dem Grundrecht am „Werk," an der „Komposition" (als der idealen Spezies und dem unmittelbaren Rechtsobjekt) unterscheiden, sondern wir werden finden, daß es neben dem literarisch-artistischen Eigenthum auch ein kommerzielles (Firma eines Handlungs- oder Fabrik- oder Gastwirthschaftsetablissements, als symbolisirter Inbegriff des kaufmännischen — vielleicht mühsam errungenen — Renommés, Kredits und Kundschaftskreises — chalandise —, dem ein, oft ziemlich genau abzuschätzender, durch die merkantile Produktivität des Chefs hergestellter Vermögenswerth inhärirt, auch von der Kaufmannswelt wirklich beigemessen wird) und ein industriell-technologisches [3]) (Erfindungspatent als symbolisches Gepräge des anerkannten Verkehrswerthes, Muster-Recht) Idealrecht gibt. Wir werden ferner das

2) Vgl. hierzu meine Schrift üb. die Oblig. u. Singularsucc. §. 18. — Es ist namentlich von Interesse für die Abmarkung des Gebietes der Idealrechte, das Verhältniß ihres Gegenstandes zu dem gleichfalls unkörperlichen Gegenstande der Obligation aufzuklären. An Brinz sehen wir, wie nothwendig ein Naturstudium ist. Er würde, wofern es ihm gelänge, Proselyten für seine Obligationsidee zu gewinnen, unsre Obligationstheorie in denselben Strudel hineinziehen, in welchem die Theorie der Idealrechte sich eben noch herumdreht. Brinz findet kein greifbares, ihm verständliches Objekt und meint, eine Konstruktion der Obligation sei ohne Zugrundelegung eines Objektes überhaupt wohl möglich. Aber da stieben ihm die Elemente des Leibes der auf den Seziertisch gebrachten Obligation in alle Winde auseinander; denn was ist jene Reduzirung der Obligation auf die einzelnen (aufzählbaren?) Seiten ihrer praktischen Geltendmachung anderes als eine Atomisirung des Organismus? (Vergl. meine Schrift über die Obligation u. s. w. §. 3.) — Wir sehen also, wie wichtig Leist's Naturstudium selbst in einem so reich angebauten Gebiete, wie das Obligationsrecht, ist. Um wie viel wichtiger mag es sein in einem Gebiete, welches mehr noch dem amerikanischen Urwalde gleicht, den kaum am äußersten Saume die Art der Kultur berührt hat, und in einem Gebiete, wo der römische Rechtsinn uns fehlt und an der (doch ähnlichen) Naturwüchsigkeit des englischen Rechtsinstinktes nur ein ziemlich kärglicher Ersatz geboten ist!

3) Vergl. Weinlig in Rau's Archiv, N. F. Bd. I. (1843) S. 247—251.

Verhältniß der Copien und Exemplare zu der zu Grunde liegenden Idee (dem Werke in abstracto) mit dem Verhältniß der körperlichen Frucht zu der res frugifera in Vergleich bringen, indem wir die Vorstellung des Exemplars als eines fructus industrialis theoretisch gestalten. Wir werden das dem Verleger bewilligte Vertriebsrecht uns als eine Analogie des ususfructus oder des commodatum (?) entwickeln und werden uns den Verlagsvertrag als Analogie des Viehverstellungsvertrages, den idealen (literarischen u. s. w.) Diebstahl (der keineswegs bloß als Nachdruck oder als Nachdruck auftritt) als Analogie des furtum usus einer körperlichen Spezies, die gänzliche Abtretung des Idealrechtes (Verlagsrechtes) als Analogie der körperlichen Singularsuccession oder auch der Vindikationsklagencession zurechtlegen; wir werden ferner die utilitatis und aequitatis ratione eingeführte Beschränkung der Dauer des Rechtes mit der auf gleichfalls soziale Motive gegründeten Expropriation im Sachengebiete vergleichen, — und werden schließlich der Gesammtlehre vom Ideal- oder Urheberrecht oder geistigen Eigenthum einen selbständigen Platz im System der Vermögensrechte neben dem Sachenrecht und neben dem Obligationsrecht einzuräumen uns gedrungen fühlen: einen Platz, welcher zusehends an Umfang wachsen, in nicht gar zu langer Zeit dem Gebiet der Realrechte äußerlich vielleicht gleichkommen und dasselbe durch den innerlichen Reiz der feinsten, zugleich praktisch und theoretisch wichtigen Fragen gewiß überragen wird.

Alles das, die Tragweite und Berechtigung jener Parallelisirung, die Fruchtbarkeit ihrer Durchführung zu erörtern, und den Gedanken einer idealen Spezies als Unterlage der Vorstellung von Idealobjekten neben Realobjekten, zu einer festen, brauchbaren Anschauung, deren er ebenso empfänglich als bedürftig ist, zu verdichten, würde recht eigentlich in den Bereich des Leist'schen Naturstudiums, wenn es mir anders klar geworden ist, gehören [4]).

---

4) Es ist recht seltsam, daß es gerade unserer materialistischen Zeit aufbehalten bleiben mußte, das Gebiet der Idealspezies zur wissenschaftlichen Anerkennung zu bringen, und man kann sich, indem man dies erwägt, nicht enthalten, auf die wahrhaft humoristische Schickung hinzuweisen, welcher unsere materialistische Zeit hier verfallen scheint. Sie sieht sich gedrängt, eine intellectuelle Existenz anzuerkennen, aber es ist gerade die volle Wucht materieller Interessen, welche sie dahin drängt; sie er-

§. 43. Leist hat mit seinen Reformvorschlägen bis jetzt, wie es scheint, fast mehr erklärte Gegner gefunden, als ausdrückliche Anhänger. Dennoch fehlt es ihm selbst an Vorgängern nicht. Oder hat nicht bereits Einert in seiner Darstellung des Wechselrechtes das, was von Leist jetzt verlangt wird, im großartigsten Maßstabe durchgeführt? Ja, durch diese Darstellung, deren Studium den Romanisten recht ernstlich zu empfehlen wäre, ist recht eigentlich ein Naturstudium des Wechselwesens begründet worden. Freilich haben wir gerade auch an diesem Beispiel erfahren, daß Naturstudium noch keineswegs Rechtstudium, sondern daß es nur dessen Vorbereitung sei; denn die Wissenschaft des Wechselrechtes ist, wie mich dünkt, noch nicht durch Einert, sondern nach und auf ihm durch Andere, eigentlich erst in dem letzten Jahrzehend, positiv begründet worden [1]). Aber Einert ist vielleicht der Vornehmste unter denen, welche durch spezielle Bethätigung ausführten, was Leist später in abstracto formulirte. Derselbe Geist, wenn auch nicht bestimmt formulirt und noch, wie gesagt, ohne Methode, beginnt mehr und mehr in die neuere, insbesondere deutschrechtliche Dogmatik (Thöl, Beseler, Gerber, Bluntschli, Walter), einzuziehen, und gerade in diesem Punkte kann die romanistische Dogmatik Manches

---

blickt vor sich ein neues weites Gebiet voll der schönsten realen Vortheile, welches aber lediglich um den Preis der Anerkennung einer idealen Existenz in vollen wissenschaftlichen Besitz genommen werden kann! — Es gibt eine Partei (sie hat Anhänger in sämmtlichen Zweigen der Wissenschaft), welche Alles für unbegreiflich ausgibt, was ungreiflich ist, welche nur das gelten lassen will, was „pondere, numero ac mensura consistit": und gerade gegen die Prinzipien dieser Partei werden diejenigen ins Feld geführt, welche das juristische Naturstudium mit Ernst betreiben. — Es ist wahr, die Idealspezies ist nicht von derselben Konsistenz wie die meß- und wägbare Realspezies, die Konsistenz dieser ist in der That eine andere; aber darum auch eine stärkere? Man denke an die Rafael'sche Konzeption der Sixtinischen Madonna, die als Geisteswerk, in unzähligen Copien, fortbestehen wird, auch wenn das Originalexemplar vielleicht längst untergegangen sein wird. Der Tempel des Zeus Olympios ist vernichtet seit einer langen Reihe von Jahrhunderten, das Bild des darin aufgestellt gewesenen Gottes von Phidias existirt noch heute! — Vergl. hierzu meine Schrift über „Die Obligation" u. s. w. §. 101. S. 418—420.

1) Nach meinem Dafürhalten schlagen Brauer und Fick Einert's unmittelbaren Einfluß auf unsere Wechselordnung zu hoch an; sie ruht auf Liebe's Theorie.

jetzt von jener lernen. Neben Bluntschli muß auch Keller's mit Rücksicht auf seine Darstellung des römischen Civilprozesses gedacht werden, und wem dabei einfällt, daß jener wie dieser Schweizer Naturen, und daß Leist sowohl als Windscheid (s. oben §. 27. 28.) längere Zeit auf Schweizer Kathedern, also in Schweizer Luft dozirt haben, wird vielleicht mit seinen Gedanken unwillkührlich weiter schweifend auf jene Schweizer (Bodmer und Breitinger) stoßen, welche vordem mit ihrer stofflich-realistischen Tendenz einen nicht unberechtigten Kampf gegen das Gottscheed'sche spiritualistische, besser formalistische Wesen führten. Es sind das eben natürliche Gegensätze, und diese müssen sich in verwandten Konstellationen immer wiederholen, und warum sollte in solchen Wiederholungen nicht auch die Geographie eine Rolle spielen!

Aber auch Formulirungen der Leist'schen Ideen sind von Einzelnen, neben Leist, in ähnlicher Weise versucht worden. Manche solcher Versuche klingen in das unklare Gebiet jener Kämpfe um „die Natur der Sache" hinein. Ich will nur zweier Formulirungsversuche ausdrücklich gedenken, deren einer kurz vor, der andere kurz nach Leist gemacht worden ist.

§. 44. Thöl hat das, was Leist sich als Gegenstand seines Naturstudiums denkt, als Thatbestand (=Wesen, z. B. Lehns-, Hypotheken-, Berg-, Handelswesen, im Gegensatz zu Lehnrecht u. s. w.) bezeichnet und dazu Folgendes bemerkt [1]: „Die Lebensverhältnisse (das Volksleben) bilden das Thatsächliche, den Thatbestand, an welchen durch das Recht (d. h. durch Rechtsätze) Rechte (d. h. Befugnisse) sich anschließen. Dem gesammten (?) [2]) Recht entspricht also ein unermeßlicher Thatbestand, wie jedem einzelnen Rechtsatz ein einzelner Thatbestand. Das Thatsächliche genau zu kennen, ist bedeutend, weil es die Voraussetzung für alles Recht ist, der Stoff für die rechtlichen Bestimmungen; theils ist es bedeutend für die Findung des vorhandenen Rechts, des Gewohnheitsrechts, indem es dessen Uebung nachweist, und einestheils des wissenschaftlichen Rechts, indem aus dem Factischen zuweilen ein Rechtsatz mit Nothwendigkeit folgt; theils ist es bedeutend für die gesetzliche Feststellung des Rechts."

---

1) Einleitung in d. deut. Privatrecht, Gött. 1851. §. 32. S. 91. — 2) Wohin placiren wir dann die Fiktionen?

Ahrens aber sagt [3]): „Die bedeutenderen positiven Juristen empfinden immer mehr das Mangelhafte der bisherigen Grundlagen, und es schwebt ihnen auch mehr oder minder klar vor, daß in der Theorie der Lebensverhältnisse die Abhilfe zu finden sei. Aber dann muß diese Theorie unverkümmert aufgefaßt werden, als Theorie aller wesentlichen sittlichen und natürlichen Lebensverhältnisse [4])." — Zwar ist Ahrens durch die Leist'sche Darlegung nicht befriedigt, aber ganz unverkennbar sind es Gefühle eines der Ahrens'schen Anschauung sehr nahe verwandten Bedürfnisses, welche

3) Jurist. Encyclop. I. S. 47.

4) Ahrens setzt hinzu: „Aber so wichtig diese Auffassung ist, so ist doch der Blick an der Oberfläche haften geblieben, indem weder das Wesen, der Grund und der Inhalt des Lebensverhältnisses erforscht, noch dasjenige, worin die rechtliche Regelung bestehe, bestimmt worden ist, also die beiden Bestandtheile an sich selbst gar nicht erkannt worden sind." Ahrens erinnert dabei an die von Anderen, z. B. von v. Savigny (System I. S. 333. Puchta (Instit. §. 21.), Beseler (System I. S. 20.), Stahl (Philosophie d. R., 3. Aufl. S. 294.), Thöl, Warnkönig (Jurist. Encycl. S. 22.) angestellten Betrachtungen über das Verhältniß des Lebenstoffes zu den Rechtsregeln. Er tadelt an ihnen allen, daß sie das Leben als ein rein Thatsächliches, ohne Rücksicht auf dessen selbständigen, sittlichen und historischen Inhalt, dem Rechte gegenüberstellen, und markirt, daß es immer bestimmt-erkennbare Lebenszwecke seien, welche als leitende Norm bei der Bestimmung eines Rechtsverhältnisses dienten. Habe ich Ahrens richtig verstanden, so arbeitet er auf eine juristische Teleologie hin; aber diese Idee ist durchaus nicht neu und beherrscht schon in gewisser Weise unsere ganze Doktrin. Im Uebrigen erscheint mir Ahrens' Auffassung des Rechtes überhaupt die Grenze desselben nicht gehörig innezuhalten. Er wirft den positiven Juristen vor, daß sie (von einem beschränkten juristischen Standpunkte aus) das Recht zu abstrakt auffaßten, und die Juristen pflegen den Philosophen vorzuwerfen, daß sie das Recht nicht gehörig zu scheiden wissen von den übrigen Lebenseiten. Hier ist der Punkt, wo zwischen Juristen und Philosophen eine gründliche Verständigung wird am letzten erreicht werden. In Betreff des teleologischen Gesichtspunktes aber (siehe oben über Leist, §. 28.), dessen Kerngedanke die Begründung einer methodischen Rechtspolitik ist, möchte ich auf Kierulff's Worte (Theorie des Civilrechts I. S. XXV.) verweisen: „Um aber dieses Ziel (selbständiger Arbeit) zu erreichen, ist es nöthig, daß die Theorie des Rechts zur Erkenntniß ihres eignen Wesens gelange, daß sie sich streng artikulire und vor Vermischung hüte mit der Geschichte des Rechts und der Theorie der Gesetzgebung. Nur durch Beschränkung auf das ihnen angehörige Gebiet können sie insgesammt diejenige Vollendung erreichen, welche ein organisches Zusammenwirken zum gemeinsamen Ziele verbürgt." —

uns Juristen auf den festen Grund und Boden des Lebens verweisen. Die Mahnung, sie klingt trivial, aber ich wiederhole sie: lassen wir uns nicht den Boden unter den Füßen wegziehen! Es ist nichts Neues, was Leist und die Anderen vor und nach ihm wollen, aber wie sie es wollen, darin liegt das Neue! Sie fordern Methode, und diese hat nur zu lange, hat bis jetzt gemangelt.

3. Versinnlichung (Symbolisirung).

§. 45. Ich habe von Leist ausführlich reden müssen und kann auch an ihn anknüpfen, um zu dem dritten derjenigen Momente zu gelangen, welche oben an dem gegenwärtigen Standpunkte der Rechtswissenschaft unterschieden wurden. — Zuerst fällt uns auf, daß Leist als den Kern und Mittelpunkt seiner „juristischen Wissenschaftslehre" eine Thätigkeit hinstellt, welcher er den Namen „Studium der Natur" gibt. Leist liebt es, statt „Leben" sich des Wortes „Natur" zu bedienen, und wir können dies nicht für baaren Zufall halten, wenn wir einen Blick auf die Leist'sche Darstellungsweise im Ganzen werfen. Allenthalben nämlich ist Leist bemüht, seine Vorstellungen von dem in dem Rechtsgebiet Geltenden und dem in der Rechtswissenschaft Anzustrebenden durch sinnliche Analogien und symbolische Einkleidungen faßlich zu machen. Das Bedürfniß einer solchen Versinnbildlichung zur „Versinnlichung" hat man zwar immer gefühlt und zu befriedigen gesucht, so lange der menschliche Geist sich an der Betrachtung übersinnlicher Dinge versucht hat. Es scheint mir aber, daß hinter der Bilderfülle Leist's — von mancher Seite übrigens sehr nachdrücklich an ihm gerügt — ein Trieb sich rege, welcher weit tiefere Wurzeln hat, als das bloße oft begründete, oft unbegründete Bedürfniß, der Phantasie durch äußerliche Anregungsmittel zu Hilfe zu kommen.

§. 46. Leist will nicht nur „ein Lebensverhältniß" wie eine Pflanzengattung betrachtet wissen (S. 39), sondern er stellt auch „das Recht mit der Natur der Pflanze" zusammen; er beschäftigt sich ziemlich ernsthaft mit der Frage, ob das Recht im wahren Sinne ein Organismus, oder doch „in seiner Totalität ein Complex von Organismen" genannt werden dürfe, gelangt mit dieser Erwägung zu dem Resultat, daß das Recht gleichartig sei „mit der Art und Weise, wie der Mensch die Erdoberfläche sich zugerichtet hat" und „in der That eine geistige vom Menschen gesetzte Erdober-

fläche" sei; er meint, der Boden seien hier die menschlichen Lebensverhältnisse, das aber, was der Mensch darauf erbaue, bestehe zum Theil aus Mechanismen, d. h. „den lediglich durch Menschenhand und Menschenwillen zusammengefügten Rechtsinstituten" und aus Organismen, d. h. den mit Wachsthum und Leben begabten und „der von Natur uns dargebotenen Pflanze vergleichbaren" Rechtsinstituten. Er fährt fort: „Das Nebeneinander dieser Mechanismen und Organismen ist nun aber selbst kein Organismus, und also darf auch das System des Rechts nicht als die „Beschreibung eines Organismus aufgefaßt werden." „Das System ist, wenn wir die Rechtsinstitute Gebäude und Bäume nennen, die Erkenntniß des Bodens, auf den dieselben gebaut sind, es ist die juristische Topographie." (S. 122 vergl. mit S. 73.)

§. 47. Man kann freilich, wie auch die meisten Rezensenten gethan haben, ein schnelles Aburtheil über diese Symbolisirungstendenz fällen, und vielleicht läßt sich gar Manches gegen die Art der Verwendung der Bilder und Gleichnisse einwenden. Allein da wir sehen, wie Leist sich recht wohl bewußt ist, daß alle Versinnlichung ihr Maß hat [1]), so sollte man doch etwas mehr als ein mitleidiges Achselzucken für ihn haben, wenn er die Aeußerung thut: „Es ist vorzugsweise rathsam, ebenso wie die beginnende Menschheit in der Sprache die Dinge, an die sie herantritt, meistens durch Bilder zu bezeichnen pflegt, so nun auch in unserer altgewordenen Wissenschaft neu zur Untersuchung kommende Punkte durch bildliche Vergleichungen dem Verständniß näher zu führen" (S. 74). Jedenfalls muß es der Mühe werth geachtet werden, dieser Symbolisirungstendenz etwas andächtiger nachzugehen, wenn wir einen der entschiedensten Gegner der Leist'schen Studie auf derselbe Fährte wahrnehmen. Man vergleiche den oben (§. 11. a. E.) angezogenen Ausspruch von Brinz, in welchem derselbe augenscheinlich nicht bloß einfach referiren, sondern die berechtigte Zukunft einer sinnlich-naturalistischen, oder wie er sagt, naturhistorischen Richtung der Rechtswissenschaft andeuten will.

§. 48. Eine solche Betrachtung hat freilich ihr Bedenkliches.

1) S. 123: „Doch genug der Bilder und Vergleichungen, sie sind uns wesentlich nützlich, um unsere Kenntniß in den vorliegenden Dingen zu mehren, aber sie dürfen nicht über ein gewisses Maß hinausgeführt werden."

Wie nahe stoßen doch hier tiefer Ernst und flache Tändelei zusammen! Joh. Christiansen bezeichnet die stipulatio als ein Gefäß und vergleicht bei seiner Beschreibung der Novationsstipulation interrogatio und responsio mit Schale und Deckel. Brinz, um die reine (nicht-accessorische) Korrealität der Bürgschaft (sponsio) im ältesten Rechte der Römer zu veranschaulichen, sagt, die alte derbe aber energische Rechtsauffassung habe den Bürgen gleichsam in die eigene Haut des Schuldners gesteckt. Windscheid [1]), und nach ihm Bluntschli [2]), indem sie uns die Stellung des Gläubigers zu seinem Rechtsnachfolger (Cessionar), sowie zum Schuldner auf einfache Weise klar machen wollen, sprechen von dem Bande, welches der Gläubiger „in freier Hand" halte, und womit der Schuldner ihm gebunden sei, und welches er in die Hand des neuen Erwerbers der Forderungen übergehen lasse.

Ich will, statt mit der wohlfeilen und ermüdenden Aufzählung ähnlicher Wendungen fortzufahren, darauf hinweisen, daß wir den Gebrauch solcher Wendungen neuerdings sich allgemein häufen sehen und zwar ihn hauptsächlich da finden, wo es sich um Ermittelung und Feststellung schwieriger Regeln, um Erkennung zarter Gelenke, verborgener Fäden und Fasern in der Welt der Rechtsbegriffe handelt. Dieses Zusammentreffen darf nicht übersehen werden. Noch hat Keiner es ausgesprochen, daß in dieser naturalistischen Symbolik das natürliche Korrektiv der spiritualistisch-spintisirenden Sublimirung der Rechtswelt gefunden sei, aber Viele sind es, die bald spielend, bald ernsthaft, bald mit Prätensionen, bald halb widerwillig, bald schwerfällig und bald leichtsinnig der plastischen Gestalten sich zu bemächtigen suchen, welche uns in der Stofffülle des sinnlichen Lebens, in der organischen Natur gleichsam entgegen- und angetragen werden.

§. 49. In dieses Haschen und Spielen muß Plan und Methode kommen, — und indem ich mich bemühe, die einzelnen, zerstäubenden Wellen zu einem eingebetteten Strome zu sammeln, fühle ich das Bedürfniß erst recht lebhaft, das wirre Element von den mancherlei Schlacken zu säubern und was nur als allgemeine Andeutung sich darstellt, fester zu begrenzen und tiefer zu begründen. Die Bewegung ist an eine Axe zu fesseln.

1) Krit. Ueberschau, I. S. 40.
2) Deut. Privatr. §. 111.

Was soll es also heißen, wenn man jetzt allenthalben von der Nothwendigkeit einer zu begründenden „allgemeinen Naturlehre des Rechtes und Staates" reden hört? [1]) Wohin will Lenz (Entstehung des R., S. 46.) hinaus mit seinen naturwissenschaftlichen Entwickelungen, von denen aus er die Lücken in der Anschauung der historischen Rechtschule ausfüllen zu können sich vermißt? — Was erwartet Brinz wohl von der von ihm proklamirten „naturhistorischen Richtung"? und welcher Inhalt dämmert in seinem Ausrufe: „daß auch das Recht seine Natur hat, seine Elemente und seine Geschöpfe —"? Sind es verwandte Vorstellungen, wenn Ihering (Geist, I. S. 13. 29.) „die reale objective Schöpfung des Rechts" als einen Organismus bezeichnet und ihm „die Eigenschaften eines Naturproductes, Einheit in der Vielheit, Individualität, Wachsthum von innen heraus" beilegt? — oder wenn er von den Rechtsbegriffen aussagt, daß sie produktiv seien, sich paarten und neue zeugten?

---

1) Ich möchte hier an eine vor fast 20 Jahren vernommene Stimme, die wie aus Mährchenlanden zu uns herüberdrang, erinnern. Ich meine Huschke, welcher die Grunderscheinungen in der geschichtlichen Entfaltung des Menschengeistes in Parallele mit Naturgestalten bringt (S. X. u. 25.), auf Keime einer „Physiologie der Staaten" hinweist, welche in der priesterlichen Secularlehre der Völker des Alterthums enthalten seien (S. XV.), „eine politische Physiologie, eine tiefere wissenschaftliche Auffassung des physischen Theiles der Geschichte" fordert (S. XVI.), „die Staaten und politischen Institute als Naturdinge" gedacht wissen will (S. 254.), und demgemäß u. A. in der sagenhaften Bespannung des romgründenden Romulischen Pfluges die Symbolik des **jus publicum** und **privatum**, d. i. der äußeren und inneren Seite des werdenden Staates erkennt (S. 257.), oder einen inneren kosmischen Zusammenhang zwischen den **res mancipi** und gewissen natürlichen Elementen der politischen Ausgestaltung zu finden meint (S. 249. 269.), an diesen und anderen Beispielen aber „die ganze Consequenz, mit welcher das politische Dasein des Menschen sich auch in der Thierwelt wiederholt" (S. 282.), nachzuweisen sich bemüht, von einem „Naturgesetz, worauf die Servianische Volkseintheilung ruht" (S. 304.), redet, ja den gesammten Grundriß des Weltlebens auf den Gedanken eines „politischen Natursystems" (S. 287.) zurückführen zu können andeutet: so erkennen wir darin — wir wollen hier eine Thatsache nur konstatiren, nicht dijudiziren — eine Richtung, die eben neu war, ja noch neu ist, und die darum nicht belächelt und bei Seite geschoben werden darf, weil sie neu und unerwartet war und vielleicht unbeholfen entwickelt wurde (s. Huschke, S. XIV.), — eine Richtung, welche nicht von Stryk und seinem dürren „**Jus sensuum**" (s. Huschke S. XV.), sondern von Huschke, und zunächst von keinem Anderen, herzuleiten ist.

— oder wenn er von gewissen Kräften redet, welche in dem gesammten Rechtsorganismus thätig seien und ihren Sitz in der Individualität des Volkes haben, und nachher von dieser Volksindividualität bemerkt: „sie ist gewissermaßen das Herz des Rechtsorganismus, von dem aus belebend und erwärmend das Blut durch alle Theile strömt und dadurch auf dem allgemeinen logischen Knochensystem Fleisch und Blut ansetzt"? [2]).

§. 50. Mit Recht bemerkt Lenz (Entstehung d. R. S. 5.) von der historischen Schule, daß sie dem Naturrecht ein naturwüchsiges Recht gegenübergestellt habe, und doch klagt Ihering (S. 11.) wieder, daß die Naturlehre des Rechtes noch in ihrer Kindheit liege; — was ist es also, worin das Verdienst und die That der historischen Schule eigentlich beruht? — Ihering behandelt und bezeichnet fast auf jeder Seite seiner „Einleitung" das Recht

2) Noch entschiedener verfolgt Ihering in seiner neuesten, mir vor Kurzem zugekommenen, Arbeit (in seinen und v. Gerber's Jahrbüchern, 1. Heft, insbes. S. 9—14.) die Idee einer naturhistorischen Richtung, gleich als ob dieselbe dem neuen Unternehmen geradezu als Etikette dienen solle. Er sagt z. B. „Der Gegensatz der höheren zur niederen Jurisprudenz bestimmt sich durch den Gegensatz des Rechtsbegriffes zu der Rechtsregel, und den Uebergang des Rechts aus dem niederen in den höheren Aggregatzustand vermittelt die jurist. Construction, indem sie den gegebenen Rohstoff zu Begriffen verflüchtigt (?). Die Umwandlung, die hiermit erfolgt, besteht negativ darin, daß der Stoff seine unmittelbar practische und imperativische Form völlig abstreift, positiv darin, daß er die Gestalt eines juristischen Körpers annimmt. Die Gesammtmasse des Rechts erscheint jetzt nicht mehr als ein System von Sätzen, Gedanken, sondern als Inbegriff von juristischen Existenzen, so zu sagen, lebenden Wesen, dienenden Geistern (Hegel?!). Wir wollen die Vorstellung eines juristischen Körpers beibehalten, da sie die einfachste und natürlichste ist. Jeder dieser Körper hat seine besondere Art, Natur und Eigenschaften, vermöge deren er fähig ist, gewisse Wirkungen hervorzubringen. Unsere Aufgabe ihm gegenüber, nimmt dadurch den Charakter einer naturhistorischen Untersuchung an. — Es handelt sich hier um mehr als formale Logik und Consequenz, es handelt sich um die Schöpfung einer Welt aus rein geistigem Stoff, eine Nachbildung der Natur im Elemente des Gedankens." — Freilich verflüchtigt sich diese Anschauung von einer anzubahnenden „naturhistorischen Methode" vielmehr, als daß sie gefestigt würde, dadurch daß Ihering sie dann auch als eine juristisch-ästhetische, dialektische, und schlechthin als die „juristische Methode" (S. 12. 19. 21.) bezeichnet. — An einer Exemplifizirung fehlt es überdies. —

als einen (objektiven, logischen) Organismus; Leist aber weist, wie wir bereits gesehen haben, den Gedanken eines „Organismus" entschieden vom Rechte ab. Ist nun diese Opposition Leist's gegen Ihering so äußerlicher Art, wie sie, mit Rücksicht auf den Leist'schen Bildergebrauch, gewiß von nicht Wenigen verstanden werden wird? Oder verbirgt sich in dieser Opposition eine Auflehnung gegen die Hegel'sche Dialektik, welche den subjektiven Gedanken zur thätigen, schaffenden Weltkraft erhebend die Abstraktionen des menschlichen Geistes zu objektiven Realitäten umdichtete, und aus welcher Ihering noch nicht vollständig (ich wiederhole: nicht vollständig) sich emanzipirt zu haben scheint? Und haben wir es also hier in der That etwa mit einer stillen Reaktion gegen jene von Geib prognostizirte historisch-philosophische Hegel-Schule, — oder womit sonst, zu thun?

§. 51. Im Ganzen freilich ist es bis jetzt — und selbst Ihering's Betrachtungen bei der Einführung seiner Jahrbücher machen keine Ausnahme — bei allgemeinen, vagen Andeutungen und abstrakten Formeln geblieben. Aber als Anregungen sind auch diese ersprießlich. Ihering hat uns manches Gute und Neue gesagt, indem er (in der Einleitung zum Geist d. R. R.) sorgfältig zwischen einer anatomischen und physiologischen Betrachtung des Rechtes unterscheidet. Jene soll uns über die Struktur der verschiedenen Theile belehren, „aus denen wie jeder Organismus, so auch der des Rechts zusammengesetzt" sei (S. 14). Diese wird mit der Betrachtung eingeleitet: „Der Zweck der Organe liegt in ihren Funktionen; die Organe sind vorhanden, damit sie bestimmte Verrichtungen ausüben. In diesem Zwecke beruht wiederum der ganze Grund ihrer Organisation; letztere ist so beschaffen, wie sie durch jene Funktionen geboten ist. Wie dies vom physischen Organismus gilt, so auch von dem des Rechts". Von der „Funktion des Rechts" wird hinzugefügt, daß sie im Allgemeinen darin bestehe, sich zu verwirklichen, und dann unter dem Gesichtspunkte „der funktionellen Seite des Rechts" von dessen „materieller und formeller Realisirbarkeit" d. h. innerer Angemessenheit und äußerer (praktischer) Anwendbarkeit gehandelt.

Leist, indem er ablehnt, das System des Rechtes als die Beschreibung eines Organismus aufzufassen, vergleicht die Rechtswelt mit der Erdoberfläche, hält die einzelnen Rechtsinstitute auseinander und nennt die Systematik des Rechtes eine „juristische Topographie".

§. 52. Wir sehen, wie weit beide sich in derselben Bilderwelt bewegende Rechtslehrer von einander abgerathen. Wir fragen, ob es nicht zu viel gesagt sei, wenn das Rechtsgebiet auf ganz gleiche Stufe mit einem Organismus gestellt, also als lebendige Einheit gefaßt und daraus eine Reihe weiterer Gesichtspunkte, deren Tragweite noch gar nicht ermessen scheint, abgeleitet wird. Wir fragen, ob nicht zu wenig gesagt sei, wenn in dem System nichts als ein topographisches, also ganz und gar äußerliches Moment gefunden und das Verhältniß der verschiedenen Rechtstheile zu einander dem äußeren Nebeneinander mehrer Faunen und Floren verglichen wird.

Wie nun, wenn keine dieser vergleichenden Anschauungen die Wahrheit träfe und die Einheit des Rechtes unter einen anderen Gesichtspunkt zu bringen wäre? — Ist es ein pädagogisches oder ein organisatorisches Bedürfniß, welchem auf diesem Wege abgeholfen werden soll? Und schließlich, ist es denn der Mühe werth, in diesem Wirrwarr der Bilder und Gleichnisse, die wider einander starren, nach Plan und Prinzip zu suchen? Und wird es ein Gewinn und Fortschritt der Wissenschaft sein, wenn es gelingen sollte, hier festen Boden zu finden?

Es kann eine Antwort hierauf nicht wohl gewagt werden, ohne einen vorgängigen Rückblick auf die Stadien, welche die Rechtswissenschaft seit ihrer letzten Bewegung, im Laufe dieses Jahrhunderts, durchmessen hat.

§. 53. Rückblick auf den Ursprung, Grundgedanken und Fortschritt der historischen Rechtschule. Es war ein großer Gedanke, daß das Recht nicht ersonnen, sondern geboren werde, nicht eine bewußt-willkührliche Hervorbringung aus endlichem, beschränktem Verstande, sondern an die Gesetze alles organischen Entstehens und Wachsens gebunden sei. — Ein solcher Gedanke tritt nicht aus Nichts hervor, und die ganze Fülle seines Inhaltes kann nur allmählig, stückweise zu Tage treten. Dies sind zwei einfache Sätze: ich will an sie die folgende Betrachtung reihen.

§. 54. Es gehört jetzt, d. h. bei der gegenwärtigen realistischen Grundrichtung der Naturforschung, zum guten Ton, die Schelling'sche Naturphilosophie zu belächeln, und doch hat gerade sie gewiß einen nicht geringen Theil gehabt an jenem Anstoß, welcher am Ende des vorigen Jahrh. der Naturwissenschaft gegeben ward, und wodurch diese über eine bloß äußerliche, mechanische Betrachtung,

Aufzählung und Schematisirung der sinnlichen Objekte und Phänomene erhoben, dem eigentlichen Verständniß des Lebens um ein gutes Stück näher geführt ward. Es war in jener Zeit, daß ein neuer Lebenstrom durch alle Theile der Wissenschaft zu pulsiren begann. Man hat Schelling's Aeußerung: „In dem göttlichen Verstande ist ein System, aber Gott selbst kein System, sondern ein Leben" als ein epochemachendes Wort und als vielleicht das größte, was er gesagt hat, bezeichnet. Nicht mit Unrecht. Es war ein Schlag an den Felsen metaphysischer Kategorien, und die Ahnung ward geweckt, daß es eine unerschöpfliche Fülle von Lebenskräften gebe, welche nicht berechnet, noch verstandesmäßig ermittelt und abgezirkelt werden können. Man sah seitdem die Natur und auch die Welt des Geistes mit anderen, mit neuen Augen an. Aus den hochgehenden Wogen einer nebelhaft romantischen Spekulation rettete sich bald eine nüchterne Naturforschung, und in den historischen Wissenschaften that sich ein tieferer Geist kund. Hier zuerst wohl in der Sprachwissenschaft, bald neben dieser in der Kunstwissenschaft (Aesthetik, Mythologie u. s. w.). Denn bei Schelling selbst mündete alle Naturanschauung in einer ästhetischen Verklärung der gesammten Existenz ein, bei Goethe hingen Naturbetrachtung und Kunstthätigkeit auf's Engste zusammen.

Was Hamann düsteren Blickes geahnet, was Herder mit klarerem Blick erschaut und bestimmter angeregt hatte, das ward endlich von Wilh. von Humboldt — und wir wollen es hier betonen, daß es der Bruder dessen ist, welcher die Resultate der gereiften Naturforschung mit gestaltender Hand kosmisch überwölben sollte — für das Gebiet der Sprache klar entwickelt und geordnet; er führte die Bildung der Sprache auf einen unmittelbaren Zeugungstrieb, einen intellektuellen Sprachinstinkt des menschlichen Geistes zurück und erkannte in ihrem Bau eine Gesetzmäßigkeit, welche derjenigen der organischen Natur analog ist.

§. 55. Es ist leicht nachweisbar, daß der Gedanke, mit welchem die historische Rechtschule hervortrat, aus jener Quelle geschöpft ward, welche bereits im Sprachgebiete so reichlich floß. Von den ersten Aussprüchen desjenigen an, in dessen reicher Persönlichkeit die ganze Dynastie der historischen Schule zusammengefaßt erscheint, [1]) ist es

1) S. v. Savigny, Beruf unserer Zeit, 1814. S. 9. u. s. w.

Regel geblieben, daß um die Entstehungsweise des Rechtes zu kennzeichnen, auf die Bildungsgesetze der Sprache verwiesen wird.

§. 56. Es ist wichtig, daß wir den Gedanken, welchen die historische Schule aus der neuen Natur- und Sprach-Betrachtung in ihr Geistesgebiet herübertrug, streng präzisiren: es war eben kein anderer, als daß die Regeln des Rechtes ähnlich werden und wachsen, wie die organischen Naturprodukte. Im vorigen Jahrhundert wurden Systeme fabrizirt, wie man heute Instrumente und Maschinen berechnet und baut; v. Savigny war es, welcher uns hinausführte in die freie Natur des Rechtes und auf den Lebensodem aufmerksam machte, der diese durchweht; er sprach es, wie schon Wilh. v. Humboldt die Sprachbildung eine nationelle Gesammtthat genannt, zuerst klar aus, daß das Recht „eine gemeinsame Thatsache" und eine auf natürlichgeschichtlichem Wege sich vollziehende Thatsache sei. Es war damit das Recht als eine Welt, erfüllt von organischen Lebensgesetzen und Erscheinungen, proklamirt, und jenes Goethesche: „Man versteht nur das wahrhaft, von dessen Entstehen man einen deutlichen Begriff hat" auf diese gleichsam von Neuem entdeckte Welt übertragen.

Noch war freilich die Vorstellung von dieser Welt und ihren Gesetzen und Gestalten eine ziemlich allgemeine und unentfaltete. — Erst Puchta hat, dünkt mich, einen Schritt weiter gethan in der Ausarbeitung jener Vorstellung, und darin scheint mir ein Hauptverdienst seiner, vielfach mißverstandenen und oft übelgedeuteten, Schrift über das Gewohnheitsrecht zu liegen. Was sein gefeierter Lehrer für das Recht im Allgemeinen und die Rechtsätze (und Rechtsinstitute) in abstracto ausgesprochen, das hat Puchta dort in Anwendung auf die konkreten Rechtsverhältnisse, in denen ja ein Rechtsatz gewohnheitsrechtlich sich darstellt, durchgeführt, und er hat sich hiermit dem richtigen Verhältniß, in welches das Recht zur Natur zu stellen ist, wesentlich genähert. Die Stellen, wo Puchta [1]) von der Uebung eines Rechtsatzes und den erforderlichen Eigenschaften der Actus handelt, auf welche das Dasein eines Gewohnheitsrechtsatzes gestützt wird, eröffnen uns einen (weiter zu verfolgenden) Blick in die psychischen Bildungsgesetze, von denen dies Reich der konkreten Rechtsverhältnisse beherrscht wird. Puchta hat es nicht geradezu aus-

---

1) Gewohnheitsrecht, III. Buch, 2. Cap., S. 24 — 119. des 2. Bandes.

gesprochen, aber er hat, ohne Emphase, der Entwickelungsgeschichte der Rechtsverhältnisse eine erste Grundlage gegeben.

§. 57. Ich will, bevor ich weitergehe, versuchen, durch eine handgreifliche Analogie aus dem Naturleben, den Fortschritt klar zu machen, welcher sich meines Dafürhaltens an Puchta knüpft. Auf Grund einer erweiterten Pflanzengeographie hat sich die Ueberzeugung gebildet, daß die Fülle der Typen und Formen des Pflanzenreiches von einer festen Ordnung beherrscht werde; man denkt sich die Entstehung dieser Fülle nicht einmalig und nicht planlos, sondern auseinandergelegt in eine lange Reihenfolge ineinander eingreifender, einander gleichsam vorbereitender und erfüllender und mithin einen innern Fortschritt verwirklichender Schöpfungsakte, und stellt sich den Ursprung des ganzen großen Reiches der Pflanzen als systematische (in successiver Einheit sich vollziehende) Entfaltung der erst im Rohen und Allgemeinen indizirten, prästabilirten, Gestalten zu immer reicheren Gliederungen, feineren Formationen, individuelleren Typen vor, fortschreitend, bis die Urschöpfung ein Ende hatte, und die freigestaltende Menschenhand nach selbstgestellten Zwecken und Maximen umgestaltend und maßgebend einzugreifen anfing. Wir können diese paläontologische Schöpfungsreihe in die bildnerische Vorstellung eines über den Erdkreis sich ausbreitenden und verfeinernden Gewebes fassen und uns desselben Bildes bedienen, um uns den übersinnlichen Prozeß der Rechtsentstehung in der Lebensphäre irgend eines Volksthums zu verdeutlichen. Gleichwie die Welt der Pflanzenfamilien, -Arten und -Gattungen nicht ein mechanisches, mit endlichen Formeln zu berechnendes Werk, vielmehr aus einem lebendig wirkenden Schöpfungswillen hervorgegangen ist, so erbaut sich auch die Welt der Rechtsbegriffe und Rechtsinstitute nicht nach dem Schema einer endlichen Berechnung, sondern durch instinktiv schöpferische Bethätigung des organischen Volkswillens. Es ist der paläontologische Gesichtspunkt, welchen v. Savigny auf das Rechtsgebiet angewendet hat.

§. 58. Wir haben ferner zu erwägen: jene Ordnung, Planmäßigkeit und Stetigkeit der Gestaltungen haben nicht eine substantielle Wirklichkeit für sich (wie einst die Nominalisten und neuerdings etwa die Hegelianer behaupteten), sondern sind nur gedankenmäßige, gedachte Verhältnisse und Eigenschaften konkreter Existenzen, an denen sie, im Geiste gegenübertretender Vernunftwesen beobachtet und erkannt werden. Die einzelnen Pflanzenindividuen sind die Realitäten;

was wir ihr System, ihre Ordnung, ihre Gesetze und Typen nennen, ist nur ein Abstraktum. Ueber dieses Abstraktum nun hat uns Puchta hinaus zu den reellen Individuen in der Rechtswelt geführt, indem er uns über die Entstehung und Erscheinung („Darlebung"!) der Rechtsverhältnisse belehrt, welche im Recht dasselbe sind, was die einzelnen Pflanzenkörper im Pflanzenreiche. Dies ist es, was ich meine, wenn ich in Puchta's Lehre von der Genesis der Gewohnheitsätze eine Entwickelungsgeschichte der Rechtsverhältnisse finde.

§. 59. Aber wie? Können uns durch die Paläontologie und Entwickelungsgeschichte der Pflanzen die Morphologie, die Anatomie, die Physiologie derselben erspart werden? Können uns in der Jurisprudenz jene zwei Betrachtungsweisen, die paläontologische und die genealogische (wie ich sie der Kürze wegen heißen will) genügen? [1]) Sie beide stimmen darin zusammen, daß sie nur die Entstehung (des Systems oder Reiches, der Gattungen und Arten und dann der einzelnen Individuen darin) betreffen. Nicht minder wichtig ist es aber zu wissen, worin das Wesen der Rechtsverhältnisse, ihre Struktur, ihre Modalitäten und Kriterien bestehen: das dogmatische Bedürfniß ist es, welches Abhilfe heischt. Hier scheinen wir erst im Anfang begriffen, und es drängt sich die Frage auf, ob auch in dieser Richtung jener Grundgedanke der historischen Schule fruchtbringend verwendet und fortgeführt werden könne. Unsere Zeit scheint auf einen solchen Versuch hinzudrängen [2]), aber er liegt noch in der Kindheit.

---

1) „Die geschichtliche Methode übersieht, daß eine Beobachtung des Werdens des Rechtsbegriffs nur folgende zwei Vortheile gewährt: 1) ein psychologisch-kulturhistorisches Interesse: Ueberschau der mannigfachen Anläufe und Versuche (Rechtspolitik!); — 2) Verständniß einzelner Residua des Entwickelungsprozesses, welche ein Dasein neben dem allgemeinen Resultat haben. Zum Verständniß dieses allgemeinen Resultates aber bedürfen wir der Geschichte keineswegs; das Pfandrecht z. B. ist heute aus sich selbst zu entwickeln, sein Werth ist ein übergeschichtlicher und sein Verständniß durchaus unabhängig von den tausend Momenten und Phasen seiner Entwickelung in Rom. Das Ueberwuchern der geschichtlichen Gesichtspunkte kann hier nur schaden. Man vergl. u. A. hierzu Liebe im Entwurf der Braunschw. Wechselordnung (1843), S. 38. 39.

2) Hierzu kann verglichen werden, was neuerdings in Anwendung auf das Sprachgebiet geäußert worden ist. „Das Wesen einer Sache, die

§. 60. Vielleicht, ich will nicht eine Behauptung wagen, sind es jenem Versuche verwandte Ideen, welche sich durch Huschke's ungewöhnliche und überraschende Darstellung der römischen Urstaatsverhältnisse, oder durch die oft uferlosen, aber an tiefen, geheimnißvollen Stellen so reichen Imaginationen der J. Christiansen'schen Civilistik hindurchziehen. Es ist aber den hier gegebenen Anregungen bis auf die neueste Zeit keine Folge geleistet worden, und natürlich, denn die alten Prinzipien waren noch nicht erschöpft. Erst in Ihering, Lenz, Leist und vielleicht Brinz findet man eben jetzt eine fragmentarische Wiederaufnahme fast vergessener Fäden. In diese neue Richtung Halt, Maß und Plan zu bringen, werden daher alle diejenigen gemahnt, welche sich von ihr etwas versprechen.

§. 61. Ihering ist es, welcher hier den neuen Anstoß gegeben hat. Aber ich finde in ihm noch mehr Reste Hegel'scher Anschauung

innere Bedeutung eines Gegenstandes und sein inneres lebendiges Verhältniß zu anderen Gegenständen erlangt man nicht durch geschichtliche Mittel, sondern durch Entwickelung desjenigen, worauf die Geschichte selber sich gründet und von dem sie als ein Gewordenes ausgehen muß. Und dies trifft hier insbesondere den Menschen und seine Sprache. Nur durch Entwickelung des inneren Menschen oder seiner körperlichen und geistigen Lebensform, mit beider Vermittelung kann jenes beschafft werden. Wenn gleich die Richtung dieses neuen Weges zuvörderst auf Erhellung der Entstehung und Bedeutung der Laute und Wörter geht, so könnte sie doch auch bedeutende Folgen haben für die Entwickelung der ganzen Sprache .... Wie jene innere Beziehung der Sprache zu anderen Entwickelungen des Menschen und diese selbst herausgestellt werden könnten, so möchte daraus auch für andere Sprachen das Mittel zu ihrer Erklärung hervorgehen, wenn diese letzte auch nicht sowie in jener erlangt werden könnte. Die geschichtliche Sprachforschung bot solches Mittel nicht dar. Sie vermochte nicht das Wesen der Sprache und das Verhältniß derselben zu anderen Kräften und Thätigkeiten des Menschen zu erklären .... Ihr Ausgang war nicht vom Erzeuger, sondern vom Erzeugten; ihr Ergebniß war kein inneres, sondern nur das äußerlich abgezogene Allgemeine der Spracherscheinungen, welche, zur wissenschaftlichen Darstellung der Sprache verwendet, nicht selten unbegründete Voraussetzungen und Annahmen mit sich führten. — Aber auch die zur Hervorbringung der Sprachwissenschaft bisher gebrauchten philosophischen Grundsätze gewähren das erforderliche Mittel nicht." K. Weinholtz, zur Erklärung des Ursprungs und der Bedeutung des Wortes. (Leipzig, 1854.) S. 4. 5. — Es überrascht, den parallelen Gang der Sprach- und der Rechtswissenschaft so schlagend zu sehen; denn man vergl. die oben (§. 10. und 21.) erwähnten Aeußerungen von Leist und Kierulff. — S. auch Rapp, Versuch einer Physiologie der Sprache (Stuttg. 1836.) Bd. I. S. 8. 26. 33.

als vielleicht gut und der („naturhistorischen") Richtung förderlich ist. Unter dem Druck der Jhering'schen Gestaltungskraft verdichtet sich das System der die Welt der Rechtsverhältnisse beherrschenden Rechtsregeln zu einem Organismus, der Typus wird zum lebenden Wesen, der Begriff zu Fleisch und Blut, die anatomisch und physiologisch zurecht gelegt werden, als ob das Abstraktum des Rechtes und seiner Regeln und Sätze eine selbständige, lebendige Potenz sei, zu welcher die einzelnen Rechtsverhältnisse, diese individuellen Lebensexistenzen, nur wie dialektische Emanationen oder Transsubstantiationen, d. h. wie historische Entwickelungselemente sich verhalten. Gewiß will Jhering dieses nicht im Ernst [1]), allein es scheint mir in der Konsequenz seiner Formeln gegeben oder deren stille Voraussetzung zu sein, — und die Opposition hiergegen ist der Grundgedanke von Leist, wenn dieser dem Recht (als Inbegriff der abstrakten Regeln) die Bedeutung eines Organismus ausdrücklich abspricht. Ich stimme Letzterem hierin bei; nicht das Recht (als Begriff), sondern das einzelne Rechtsverhältniß, wie es als wirkliche Lebensgröße im Verkehr der Menschen auftritt, sich fortspinnt, wandelt und erlischt, ist ein Organismus zu nennen, erscheint seinem Wesen nach als lebendige Einheit und ist dem Pflanzenkörper zu vergleichen. Das Recht, die Rechtsregel, der Rechtssatz ist ein Abstraktum, gleichwie jener Kanon, welchen Polykletos von der menschlichen Gestalt aufstellte, ein Abstraktum, nicht selbst ein Organismus, sondern aus der Betrachtung vieler Individuen abstrahirt war, — gleichwie das morphologische System der Pflanzenwelt abstrahirt ist aus der Vergleichung unzähliger Pflanzenindividuen. Wer aber wird das Pflanzenreich, das morphologische System desselben im Ernst einen Organismus nennen? — Die Rechtsverhältnisse also sind die Gestalten, die Körper, die Individuen, die lebendigen Wesen in der Rechtswelt und die konkreten Substrate der spekulativen Rechtsabstraktion.

§. 62. Wir mochten bisher uns der Worte „Naturlehre", „Organismus" und ähnlicher bedienen. Es konnte ungestraft geschehen, so lange sie mit Unbefangenheit und ohne Prätension gebraucht wurden.

---

1) Doch, er wiederholt es ausdrücklich in seiner neuesten Auseinandersetzung (Jahrbücher f. d. Dogmatik, S. 10), s. oben §. 49. Anm.

Jetzt aber, wo die Fortbewegung der Wissenschaft auf einen gründlichen Ausbau des Grundsatzes der historischen Schule hinarbeitet, muß der Gebrauch jener Ausdrücke kritisch gesichtet werden.

Es gilt jetzt, die dogmatische Tragweite eines Gedankens zu ermitteln, welcher bis dahin nur für historische Dimensionen und Evolutionen verwendet worden ist.

Wir sind über das Werden belehrt, und wollen nun auch über das Gewordene etwas Näheres hören. Zwar hing mit jenem Grundsatze der historischen Schule eng die weitere Annahme zusammen, daß das auf organischem Wege Entstandene auch in seinem Wesen und Baue Merkmale des Lebens habe und die organische Formenfülle der sinnlichen Natur geistig abspiegele; allein man unterließ es, das in seinen Prämissen Angenommene in seine ferneren Konsequenzen zu verfolgen; man hat dies unterlassen, bis die Zeit gekommen ist, wo der Schritt unausbleiblich geschehen muß. In der von der historischen Schule gemachten Anwendung förderte der Gedanke unsere Wissenschaft nur mittelbar und rüstete sie antiquarisch aus; durch die neue Anwendung wird die Dogmatik unmittelbar umgestaltet und gefestigt. Was in der „naturhistorischen", symbolisch-naturalistischen Richtung erstrebt wird, ist lediglich die Konsequenz und die Erfüllung dessen, was durch die historische Richtung geahnet, angebahnt und begonnen wurde.

§. 63. Mit dieser Betrachtung bin ich auf dem Punkte angelangt, wo die Veranlassung gegeben ist, aus dem gegenwärtigen Standpunkte der Rechtswissenschaft alle diejenigen Momente zu sammeln, durch welche unser Blick über die Gegenwart hinaus zu dem Zielpunkt der (zukünftigen) Rechtswissenschaft getragen, von den Momenten des Wendepunktes zu den Anzeichen des Zielpunktes fortgeführt wird. Wir bekommen es hier mit Ideen zu thun, welche, ob zwar in der angedeuteten Weise vorbereitet, durchaus als neue Mächte in unsere Wissenschaft eintreten, neue Bahnen eröffnen, den Horizont hier und dort erweitern, und welche an zurückliegende Entwickelungsphasen zumeist nur negativ, selten positiv anknüpfen können. Alles aber, was zuvor von den einzelnen Richtungen der Gegenwart und ihren Zielen gesagt ist, das scheint sich in dem neuen Gedanken wie in einem Brennpunkt zusammenzufinden.

Mit diesem Gedanken, seiner Gestaltung und seiner Formulirung haben wir uns nunmehr ausführlicher zu beschäftigen; er bildet die Aufgabe des dritten Abschnitts.

Dritter Abschnitt.

Der Zielpunkt.

1. Allgemeine Grundlegung für eine Theorie der organischen Grundphänomene im Recht.

§. 64. Wir betrachten die lebendigthätige Seele des Volksganzen als den Fruchtboden, aus welchem auf dieselbe unergründliche, geheimnißvolle, ur-sprüngliche Weise, wie aus dem Erdboden die organischen Körper des Naturreiches, und wie aus dem Volksgeiste die Worte und Sätze [1]), — die Gestalten des lebendigen Verkehrs, die einzelnen Rechtsindividuen, d. h. die Rechtsverhältnisse („species, casus"): diese Myriaden fester und weicher, dauernder und ephemerer Korporations-, Familien-, Gesellschafts-, Tausch-, Mandats-, Grundbesitz-, Verlags-Verhältnisse hervorsprießen, gedeihen oder krank werden, absterben und sich fortpflanzen. Wie die Körperform eines organischen Wesens, einer Pflanze, selbständig, in sich abgeschlossen und begrenzt erscheint und sich erkennbar abhebt von der Masse der unorganischen Umgebung: so hebt sich auch das soziale Lebensbild eines (konkreten) Rechtsverhältnisses, wie eine umfriedigte, plastische Gestalt, in scharfumrissenen Konturen empor aus dem Gedränge unorganisirter und flüssiger Lebenstoffe, in denen Willkühr oder Zufall herrschen,

---

1) So sagt W. v. Humboldt in seiner Abhandlung über das vergleich. „Sprachstudium" (29. Juni 1820.) mit derselben Vergleichung: „Wie unsere Erdkugel große Umwälzungen durchgangen ist, ehe sie die jetzige Gestalt der Meere, Gebiete und Flüsse angenommen, sich aber seitdem wenig verändert hat, so gibt es auch in den Sprachen einen Punkt der vollendeten Organisation, von dem an der organische Bau, die feste Gestalt sich nicht mehr abändert. Dagegen kann in ihnen als lebendiger Erzeugnisse des Geistes, die feinere Ausbildung innerhalb der gegebenen Grenzen, bis ins Unendliche fortschreiten." (Abhandl. d. Berl. Academie 1822., histor.-philol. Classe. S. 239). — Ein anderer Philolog sagt: „Wenn man sich die Sprache als eine zweite von dem Menschen nach den Eindrücken, die er empfängt, objektivirte Welt vorstellt, so sind die Wörter (die durch Verschmelzung des Begriffs mit dem artikulirten Laut entstehen) die einzelnen Gegenstände darin, deren Individualität bewahrt bleiben muß." Allgem. Zeitung, 5. Febr. 1856.

und nicht der Kern, sondern höchstens ein Anlaß zur Entstehung von Rechtsverhältnissen gegeben ist [2]).

§. 65. Nahen wir uns dem einzelnen Rechtsverhältniß (oder Rechtsfall), so erkennen wir an seinem Bau bald solche Proportionen, welche mit mathematischer Genauigkeit meß- und bestimmbar sind, bald solche, welche nicht logisch konstruirbar und demonstrabel, sondern als organische Grundphänomene dastehen, ohne von unserem Verstande eigentlich be- und ergriffen zu sein. Wir rühren hier an die äußerste Grenze exakter Bestimmung und Bestimmtheit [3]).

Wir sind an den organischen Grundphänomenen, wie ich diese besonderen Gestaltungsverhältnisse der Rechtsfälle vorläufig bezeichnen will, bis jetzt ziemlich harmlos vorübergegangen, haben sie für einfacher gehalten, als sie in Wirklichkeit sind, weil wir sie allenthalben antrafen und mit ihnen als etwas Gegebenem zu operiren gewohnt waren. Nun aber, da die Vertiefung unserer Wissenschaft unsere Betrachtungen in das innere Wesen der Rechtsverhältnisse hineindrängt, werden wir plötzlich gewahr, daß hier eine ganz neue Arbeit anhebt, ohne welche wir keinen Schritt mehr vorwärts zu kommen vermögen, wollen wir anders zugleich ehrlich und korrekt (um nicht zu sagen: exakt) sein.

§. 66. Es war eine unbefangene und oberflächliche Auffassung der Singularsuccession, daß dieselbe die „Uebertragung eines Rechtes", und in der „Identität des Rechts (bei auctor und successor) ihr Wesen enthalten sei. Man kam mit dieser Auffassung nothdürftig aus, so lange man ihr Resultat als civilistisches Kapital werbend anzulegen nicht betriebsam genug war. Jetzt, da wir, um die Streitfrage über Anwendbarkeit der Singularsuccession auf das Obligationengebiet zur endlichen Erledigung zu bringen, das Phänomen der Singularsuccession aufmerksamer verfolgen, geht uns der Athem der civilistischen Logik aus [1]), und wir sehen uns der traditionellen und

2) Pflegeälterschaft, contubernium, precarium, „beneficii causa," s. g. mandatum consilii, commendatio heredi insinuata (l. 11. §. 2. D. de legat. III.), Gesellschaftspiele ohne Geldinteresse, freundschaftliche Verabredungen aller Art, die austauschweise Unterbringung der auswärts studirenden Söhne in Wohnung und Kost (im 15. 16. Jahrh.), u. s. w.

3) Vergl. meine Schrift „Die Oblig. und Singularsucc." §. 90. (coll. §. 17. S. 61. und §. 22. S. 85).

1) Vergl. meine Schrift „Die Oblig. und Singularsucc.", §. 12. S. 42 fg. und §. 16.

äußerst bequemen Formel „Identität des Rechtes“ beraubt. — Brinz [2]) weiß sich rasch zu helfen; er verzweifelt: es soll nach ihm bei Obligation, Eigenthum, bei den Dingen überhaupt, damit sie fortbestehen, nicht darauf ankommen, daß Alles bleibe. Allein, wer es verschmäht, auf diesem Wege mit Brinz sich in das Asyl prinzipieller Prinziplosigkeit zu flüchten, muß suchen, die Lücken auszufüllen, welche durch Zerstörung jener ehrwürdigen Illusion entstanden sind.

§. 67. Wir haben bisher den Begriff der s. g. gegenseitigen Vertragsobligationen ohne viele Reflexion adoptirt. Nun, da wir anfangen, diesem Begriffe in seinen Zusammenhängen mit anderen civilistischen Phänomenen nachzugehen, scheint es, als wolle man daran verzweifeln, daß das Wesen desselben, ohne Opferung guten Gewinnes, festzustellen sei. Denn wir sehen, wie Dernburg, indem er sich in Widerspruch gegen die bisherige communis opinio (Gans, Zimmern, Liebe, Puchta, Arndts, v. Scheurl) setzt, die universitas der gegenseitigen Obligation in zwei Körper spaltet und so das Prinzip ihres civilistischen Zusammenhangs preißgibt, welches man eben nahe daran war, zu konstituiren [1]). Wir empfinden auch hier, daß es unserer Wissenschaft bis jetzt an einer breiten und festen Basis fehlt, um solchen zusammengesetzten Körpern als Piedestal zu dienen.

§. 68. Wie ein Pendel schwebt unsere Doktrin, welcher jetzt ernstlich zugesetzt wird, dem Cessions- und Stellvertretungsgedanken eine präzise und erschöpfende Formel zu schenken, zwischen der spröden Vorstellung einer procuratio in rem suam und der zerfließenden Idee einer „übertragbaren“ Obligation hin und her; und es scheint, daß das Gebiet dieser wichtigen Probleme nicht eher aufhören werde, der Schauplatz wunderlichster Experimente zu sein, als bis es gelungen sein wird, einer von Grund aus neuen Auffassung der gesammten Rechtswelt eine prinzipielle Anerkennung zu verschaffen [1]).

Daß wir mit der bisherigen Auffassung nicht ausreichen, werden wir selbst in dem Sachenrechtsgebiete inne, welches doch sonst

2) Krit. Blätter, No. 2. (1852), S. 34.

1) Die Compensation (1854), §. 7. 8.

1) Vergl. meine Schrift „Oblig. und Singularsucc.“ §. 72. S. 290—293. §. 82. S. 330. §. 90.

mit Recht als das einfachste gilt. Denn noch Keiner hat sich bis jetzt durch des Anderen Versuche, das Verhältniß der Servitut (der jura in re aliena überhaupt) zum Eigenthum mit Rücksicht auf ihr gemeinsames körperliches Objekt zu präzisiren, befriedigt gefunden. Mit der ehemaligen Naivität ist's auch hier zu Ende. —

Kurz nirgends will das bisherige Maß mehr genügen. Wüste scheint es in der Theorie geworden, Staub wird aufgeblasen, aber kein neues Leben gewonnen. Und doch ist gerade Alles hier Leben, lebendige Kraft, organisches Wachsthum, Erzeugniß lebendiger Schöpfungsthat und mit allen Eigenschaften und Konsequenzen organischen Wesens ausgestattet. Und die Fülle dieser ur-sprünglichen Gestaltenwelt sollte sich in die starren, strengen Formeln civilistischer Logik zwängen lassen, welche wir mit Händen greifen, berechnen und messen könnten?

§. 69. Wir können uns zum näheren Verständniß dessen, was hier gemeint ist, füglich durch einen Blick in die Sinnenwelt vorbereiten. Solchen Vergleichungen Abholde mögen diesen und die flg. §§. überspringen; wir wollen Schritt für Schritt gehen.

Für die Sinnenwelt belehrt uns schon die Mathematik, die doch so gern Alles und Jedes berechnen und ausmessen und in stramme Formeln bringen möchte, daß mit nichten Alles berechenbar sei; demüthig beugt sie sich vor der geheimnißvollen Macht der „irrationalen Zahlenverhältnisse"; sie gibt es auf, den Kreis zu quadriren und erachtet es für den rechten Fortschritt, konstatirt zu haben, daß die Quadratur des Zirkels ein Unding sei; sie verzichtet darauf, uns die Zahl zu nennen, welche mit sich selbst multiplizirt Zwei gebe und begnügt sich mit einer relativen Formel; sie gibt es auf, das Verhältniß des „goldenen Schnitts", welches im Plane und Bau der organischen Körper eine so große (ästhetische) Rolle spielt, in Zahlen erschöpfend auszudrücken und vermißt sich nicht, mehr als eine annähernde Formel zu finden. Das sind lauter Größen und Proportionen, welche sich in Bruchtheilen der Einheit nicht vollständig darstellen, sie sind Unendlichkeitsverhältnisse, welche sich nur umschreiben, nicht definiren, nicht absolut, sondern nur relativ formuliren lassen.

Im Reiche der Krystalle, da reichen die mathematischen Formeln aus; aber sobald wir uns in die Reiche der organischen Natur versetzen, sehen wir uns zum großen Theil andersgearteten Proportionen gegenüber. Da finden wir Freiheit und Gesetz in wunderbarer

Weise verschlungen, verschmolzen; da treffen wir Wandelungen, deren Verläufe wir wahrnehmen, ohne ihre Ursachen und Bestimmungen zu erkennen. Wir sehen die Thatsachen, aber es sind Thatsachen, welche nicht dem endlichen Verstande erreichbar, vielmehr unendlichen Inhaltes, undefinirbaren Zusammenhangs, irrationalen Maßes sind. Ihre Existenz ist klärlich konstatirt, aber ihr Wesen nicht demonstrirbar; es sind Verhältnisse, die wirklich und doch nicht kommensurabel sind, Unendlichkeitsverhältnisse, welche den Rahmen des spröden Verstandes, wie der Fruchtkeim den Felsen, sprengen.

§. 70. Blicken wir weiter in das Reich des Lebens, zunächst der Natur, hinüber. Noch keine Naturforschung, so fein auch ihre Werkzeuge und so grob ihre Versprechungen oder Erwartungen sind, hat vermocht, die letzten Gründe und Harmonien der Lebensbewegung, der Lebenskraft, der Lebensgesetze zu ermitteln und zu berechnen, auch ist kaum Aussicht, daß dies überhaupt je geschehen werde. Welche Kraft Zelle mit Zelle verwebt und Faser an Faser reiht, und wie diese Kraft, zugleich mit freiem Spiel und gesetzmäßiger Gebundenheit, in Blättern und Blüten die Farben vertheilt und ordnet, das hat noch keine Physik und keine Chemie, keine Mechanik und keine Dynamik konstruirt und demonstriren können; und wie aus der Urzelle neue Zellen hervorsprießen, und die Zellen zu Geweben und diese zu Knochen und Muskeln sich gestalten, oder wie aus dem Samenkorn Wurzel und Stamm und auf diesem Zweige und Blüten hervortreten: wir können es tagtäglich mit Augen verfolgen, aber zu berechnen vermögen wir es nicht, noch mit logischen Formeln auszuschöpfen. Wir stehen vor dem Mysterium des Lebens: es sind die organischen Grundphänomene in der Natur, und vor diesen stehend werden wir gemahnt, daß es ein Theil der exakten Wissenschaft selbst ist, die natürlichen Grenzen exakter Forschung zu konstatiren und zu verstehen.

Auch in den idealen Welten der Geistesschöpfungen gibt es solche Phänomene, auch das Rechtsgebiet hat seine **organischen Grundphänomene**; wir könnten sie wohl auch irrationale Größen der Rechtstheorie nennen, und die Darlegung dieser Seite des Rechtsstoffes als die dynamische Methode der Rechtswissenschaft, als die juristische Dynamik bezeichnen [1]).

1) Eine Andeutung dieser Idee ist vielleicht in folg. Worten Kierulff's (Theorie, I. S. XXIV.) enthalten: „Die Theorie des Rechts hat zum Object

§. 71. Werfen wir noch einen vergleichenden Blick auf die Kunstwelt [1]), das Gebiet ästhetischer Phänomene. Schelling sagt von dem Kunstprodukt [2]), daß es nicht schlechthin erklärbar sei und einen unendlichen Inhalt habe [3]), „der Grundcharakter des Kunstwerks ist eine bewußtlose Unendlichkeit. Der Künstler scheint in seinem Werk außer dem, was er mit offenbarer Absicht darein gelegt hat, instinktmäßig gleichsam eine Unendlichkeit dargestellt zu haben, welche ganz zu entwickeln kein endlicher Verstand fähig ist." — Die Beschreibung einer Maschine läßt sich vollständig geben, aber ein Kunstwerk (welches geboren und nicht ersonnen wird) läßt sich vollständig nur begreifen in der unmittelbaren ästhetischen Empfindung, welche eine Reproduktion d. h. eine freie Wiederholung der Urzeugung, also selbst eine lebendige Eigenthat ist.

Ich meine, daß es nicht bloß in der uns umgebenden physischen Außenwelt, sondern ebenso in der in uns lebendigen psychischen Innenwelt organische, inkommensurable Phänomene gebe, und daß es im Reiche der Rechtsverhältnisse nicht anders sei, als im Reiche der Pflanzen oder der Kunsterzeugnisse. Mit einfachen logischen Formeln kommen wir nicht aus, diese spröden Nägel sind nicht geschickt, um die ganze Wucht lebendiger Urphänomene zu tragen. Und doch, können wir der Prinzipien entrathen? Gewiß nicht. Aber das Leben ist ja auch selbst nicht ohne Ordnung, bei aller seiner Fülle, Mannigfaltigkeit und Komplizirtheit. Solche Ordnung tritt uns in der reichen Kunstwelt des hellenischen Genius zu Tage, solche Ordnung waltet auch in der Welt des römi-

---

die in einem bestimmten Staat zu einer bestimmten Zeit herrschenden Rechtsgrundsätze, d. h. diejenigen allgemein anerkannten einfachen und höchsten Normen, von welchen das gesammte Recht, welches in diesem Staate practisch zur Anwendung kommen soll, ausgehen muß. Es sind die ersten juristisch nicht deducirbaren Sätze (Prinzipien), welche den Grund bilden zu dem Detail des Rechts, welches zur Entscheidung wirklicher Rechtsstreitigkeiten dient."

1) Wie das Pflanzenreich die organisirte Körperwelt, so ist die Kunst das organisirte Gefühl (Empfindung), das Recht der organisirte Wille, die Sprache der organisirte Gedanke: neben einem sinnlichen drei intellektuelle Reiche.

2) d. h. von dem einzelnen Kunstwerk, welchem das konkrete Rechtsverhältniß in der Rechtswelt entspricht, wie im Pflanzenreiche die einzelne Pflanze.

3) System des transscendentalen Idealismus (Tüb. 1800.) S. 458 — 463. 472.

schen Rechtsinnes. Aber sie ist in dieser nicht ausgesprochen und formulirt. An uns ist es, dies nachzuholen, hier hat die deutsche Rechtswissenschaft die römische Jurisprudenz zu ergänzen, zu vollenden. Leicht ist diese Aufgabe nicht, und ein Vehikel dürfte von Nutzen sein.

§. 72. Ist das Gefühl des angedeuteten Bedürfnisses erst recht lebendig gemacht, so wird es unschwer sein zu erkennen, woher demselben zu Hilfe zu kommen sei. In der Erscheinungswelt der organischen Natur liegt eine unerschöpfliche Fülle geläufiger, präziser, typischer Gestalten und Prozesse aufgestapelt, welche es eine Thorheit wäre ungenutzt zu lassen [1]). Wie dem Menschen selbst sein Leib als Organ und Schwungbret zur geistigen Entwickelung seiner Individualität gegeben scheint, so kann uns die Formenwelt der organischen Natur das Vehikel sein für die Ausprägung unserer intellektuellen Rechtsvorstellungen. Vor Allem das Pflanzenreich. Darum, weil in seiner ruhigen, naiven Beschlossenheit das reinste ungetrübte Symbol gerade für gesunde Geistesgestalten gegeben ist, weil in den organischen Formen und Bewegungen des Pflanzenlebens vor- und ausgebildet erscheint, was der Menschengeist durch göttliche Anlage (Prädisposi-

1) Hören wir wieder, was W. v. Humboldt, jenen Schelling'schen Gedanken verallgemeinernd, sagt: „Es ist anerkannt, daß das ausschließende Verfolgen dieses Weges (nämlich Betrachtung der Weltgeschichte als eines mechanischen Triebwerks) grade abführen würde von der Einsicht in die wahrhaft schaffenden Kräfte, daß in jedem Wirken, bei dem Lebendiges im Spiel ist, gerade das Hauptelement sich aller Berechnung entzieht, und daß jenes scheinbar mechanische Bestimmen doch ursprünglich freiwirkenden Impulsen gehorcht. Es muß also neben dem mechanischen Bestimmen einer Begebenheit durch die andere, mehr auf das eigenthümliche Wesen der Kräfte gesehen werden, und hier ist die erste Stufe ihr physiologisches Wirken. Alle lebendigen Kräfte, der Mensch wie die Pflanze, die Nationen wie das Individuum, das Menschengeschlecht wie die einzelnen Völker, ja selbst die Erzeugnisse des Geistes sowie sie auf einem, in einer gewissen Folge fortgesetzten Wirken beruhen, wie Literatur, Kunst, Sitten, die äußere Form der bürgerlichen Gesellschaft haben Beschaffenheiten, Entwickelungen, Gesetze mit einander gemein." — „Noch weniger zu berechnen in ihrem Gange, und nicht sowohl erkennbaren Gesetzen unterworfen, als nur in gewissen Analogien zu fassen sind die psychologischen Kräfte der mannigfaltig ineinandergreifenden menschlichen Fähigkeiten, Empfindungen" u. s. w. (Abhandl. der Berl. Akademie. 1822. Histor.-philol. Cl. S. 316).

tion) und freien Willen gleichsam nach- und einzubilden fähig und thätig ist. Jene Formen und Bewegungen tragen dasselbe Gepräge der Unendlichkeit und Irrationalität, welches bei der Formulirung der Gestaltungen der Rechtsverhältnisse, dieser intellektuellen „Größen", Beachtung verlangt. In ihnen erscheint mit klaren greiflichen Umrissen ein für allemal festgestellt, was in der flüssigen Geisteswelt des Gedankens oft so schwer ist zum Stehen und in Form zu bringen. Sie sind die vor uns stehenden physischen Protoplasten der psychisch-organischen Existenzen in uns.

§. 73. Und nirgends wird die Natur mit der unerschöpflichen Fülle ihrer Lebensbilder uns im Stiche lassen. Gleichwie der Gedankenfülle eines Volksthums der Schatz der sinnlichen Wortausdrücke regelmäßig entspricht, so entspricht gewiß nicht minder der Welt übersinnlicher Phänomene die Welt der sinnlichen Erscheinungen [1]). Gleichwie nach Jac. Grimm's Ausspruch es kein Wort in der Sprache gibt, das nicht irgendwo das beßte wäre und an seiner rechten Stelle stände, so ist gewiß auch jedes Grundphänomen der Pflanzenwelt das gleichsam prädestinirte Symbol irgend eines geistigen Phänomens. Gleichwie nach A. Schopenhauer's treffender Bemerkung das Wort zugleich Gefäß und Schranke der unendlich nüancirten, modifikablen Gedankenwelt ist, so kann auch die vegetabilische Formenwelt als Verdeutlichungsmittel zugleich und als „Metrum" dienen, durch welches die spiritualistische, transscendente, Verflüchtigung drohende Entfaltung in feste, ständige Typen gegossen wird. Gleichwie der menschliche Geist die zum präzisen Begriff gestaltete Vorstellung von selbst und mit instinktiver Nothwendigkeit in das Wort ergießt und ihm zu vermählen scheint, so sieht auch die sublimirte und nach Gestaltung drängende Rechtstheorie sich veranlaßt, die feingewobene Welt ihrer Linien und Figuren mit einer plastischen Natursymbolik zu vermählen. Dies der Faden von der sublimirten zu der naturalistischen,

1) Es liegt nicht zu weit ab, hier auch daran zu erinnern, daß es ein Karakterzug vieler naturwüchsiger Volkslieder ist, daß jede Strophe in ihrer ersten Hälfte ein aus dem sinnlichen Leben oder der Natur entlehntes Bild vorführt, an welchem dann in der zweiten Hälfte der eigentliche erzielte Gedanke angewebt und gleichsam bewahrheitet wird. Es hat dieses Streben, Naturerscheinungen zum Complement und Metrum für die Anschauung intellektueller Prozesse zu benutzen, zu tiefe Wurzel, als daß es mit einem vagen Fingerzeig abgethan wäre, oder gar die Wissenschaft sich schämen dürfte, ihm eine Bedeutung beizumessen!

von der naturalistischen zu der symbolistischen Methode. In dieser Natursymbolik wird der spiritus zur ars im Sinne Cicero's, [2]) zur ars, die nach ebendemselben „a natura profecta est“ und ein „numero quodam adstringere“ verlangt; und das jus ist ja, wie Celsus sagt, die ars boni et aequi.

§. 74. Wenn die neuere Sprachforschung sich physiologischer Formeln bedient, von „Wurzeln“ und „Stämmen“, von Agglutinationen und organischen Kompositionen, oder Flexionen und Einverleibungen, von Gattungen und Varietäten, von morphologischen und physiologischen Elementen der Sprache und Sprachen redet und wegen der gesetzmäßigen Lebendigkeit ihres Baues auf das Gleiche in der Natur verweist: so ist das mehr als ein bloßes witzreiches Spiel mit Analogien. Man hat uns angewiesen, das Rechtsgebiet als eine Hervorbringung organischwirkender Kräfte zu betrachten. Wollen wir mit diesem Satze Ernst machen, so müssen wir auch darüber klar werden, wie eben jene organischen Bildungsgesetze sich in den einzelnen Gestaltungen bekunden und darstellen. Wie aber, frage ich nun, können diese organischen Proportionen klarer und faßlicher, genauer und erschöpfender bezeichnet werden, als indem wir dasselbe nachzuthun uns erlauben, was die Grammatiker für das (dem Recht so nahe verwandte) Geistesgebiet der Sprache bereits vorgemacht haben? Leider ist mit solchen Bildern so oft und so ungeschickt gespielt, besser: getändelt worden, daß, wer jetzt dieser Richtung Nachdruck zu geben kommt, augenscheinlich Gefahr läuft, entweder der Trivialität oder der Phantasterei beschuldigt zu werden, — und Eines ist so schlimm wie das Andere. Nichts destoweniger soll der Versuch gewagt werden, aus der bestehenden Korrespondabilität der organischen Phänomene in der physischen und psychischen Welt, mit Maß und Methode, Nutzen zu ziehen [1]).

---

2) de Oratore III, 44, §. 175. („Neque est ex multis res una, quae magis oratorem ab imperito dicendi ignaroque distinguat, quam quod ille rudis incondite fundit quantum potest, et id, quod dicit, spiritu, non arte determinat, orator autem sic illigat sententiam verbis, ut eam numero quodam complectatur“), §. 179. 182. 197.

1) Vergl. W. v. Humboldt: „In der Körperwelt, da es bei dem Erforschen der geistigen immer ein sichernder Weg bleibt, die Analogie in

II. Ein Blick auf die naturalistische Tendenz des römischen Rechtsinnes.

§. 75. Wir wollen uns zuerst erinnern, daß durch die ganze römische Anschauungsweise im Recht ein naturalistischer Trieb sich hindurchzieht, welcher erst dann matt ward, als auch die Jurisprudenz und der Geist Roms überhaupt ermatteten. Die sinnliche Plastik, welche einen Grundzug des röm. Rechtes bildet, ist ein treuer Abdruck von der Oekonomie und Struktur des Naturlebens. Wir erkennen es allenthalben, wie sehr die Römer liebten, die juristischen Gestaltungen auf eine sinnliche, reale, naturale Basis zu stützen, und wir wissen, wie reich die Technik ihrer juristischen Sprache an naturalistischen oder symbolischen Wendungen ist. Es ist bedeutsam, daß ein Volk, welches den sinnlichen Reizen und Kräften der Natur weit weniger als die Hellenen zugänglich, ja ihnen überhaupt abgeneigt war, gerade in dem Gebiete, in welchem es schöpferisch groß war, instinktmäßig die sinnliche Natur zur Lehrmeisterin wählte.

Was jene naturale Basis anlangt [1]), so kann man sich als Prototyp dieses Naturalismus juristisch-politischer Konstruktion die Festhaltung des fundus Italicus denken, der in seiner bevorzugten Rechtsqualität recht eigentlich als der politische Leib der römischen civitas galt. Man griff selbst zu Fiktionen, um jenem Triebe eine volle Befriedigung zu verschaffen: bis an ihr Kultur-Ende blieb die Urbs, als sinnliches Centrum, die communis patria omnium civium, welche über den Orbis terrarum verstreut waren.

Ich will nicht von den alten Formen des nexum und der manci-

---

jener zu verfolgen, darf man kein Entstehen so bedeutend neuer Gestalten erwarten. Die Verschiedenheiten der Organisation haben einmal ihre festen Formen gefunden, und obgleich sie sich innerhalb dieser niemals in der organischen Individualität erschöpfen, so werden diese feinen Nüancen nicht unmittelbar, kaum in ihrem Wirken auf die geistige Bildung sichtbar. Die Schöpfung der Körperwelt geht in ihrem Raume auf einmal, die der geistigen allmählich in der Zeit vor, oder die erstere findet wenigstens eher ihren Ruhepunkt, auf dem die Schöpfung sich in der einförmigen Forterzeugung verliert. Viel näher aber als die Gestalt und der körperliche Bau, steht dem Geistigen das organische Leben, und die Gesetze beider finden eher Anwendung auf einander." (Ueb. d. Aufg. des Geschichtschr.) Abhandl. der Berl. Akad. Histor.-philol. Kl. (1822) S. 320. — Vergl. übrigens unten §. 91.

1) Vergl. v. Savigny, System, Bd. III. S. 240.

patio, oder jener plastischen Elementarkraft des alten vindictam imponere und des ex jure manu consertum vocare sprechen; aber nicht genug kann hervorgehoben werden, mit welch' respektabler Konsequenz der antike Rechtsinn festhielt an jener „naturwüchsigen", nicht ausgeklügelten, sondern durch einen gesunden Rechtsinstinkt wie von selbst gegebenen Verkörperung des Generaltypus obligatorischer Entstehungsgründe (Verträge): an der „verborum proprietas", der „linguae figura"; in dieser mußte der Rechtswille erscheinen, durch welchen die abstrakte obligatio, d. i. die obligatio κατ' ἐξοχήν geboren ward; es wäre den Römern schier wie eine Seele ohne Leib, wie ein Schatten, ein Gespenst vorgekommen, wenn die Intellektualkraft des Vertragswillens den consensus ab utraque parte (ohne spezielle causa und) ohne organisirtes sinnliches Element hätte konstituiren sollen [2]. Konnte nun aber ein anderes Element so prägnant und so einfach zugleich sein, als das Wort, welches nicht willkührliches Symbol, sondern natürliche Verkörperung des Begriffes ist? [3]) und konnte dieses Element plastischer organisirt, taktvoller modellirt sein, als es in der firmen Satzbildung der congruens interrogatio et re-sponsio der Fall war? Es war nicht Verfeinerung, sondern Verflachung, wenn die spätere, kaum noch römische, Jurisprudenz und ihre Bastard-Erbin, die kaiserliche Utilitätsmaxime, aus Nachgiebigkeit gegen die matte Anschauungsweise jener Millionen unterworfener Barbaren und Halb-Römer von der alten, edlen Prägnanz nachließ [4]. Daß doch unsere moderne Sprache sich eignete, in

---

2) „Stipulum — firmum"! (pr. J. de V. O. 3, 15). Sponsio — voluntas! (Danz, röm. Rechtsgeschichte Bd. II. S. 107.).

3) Vergl. K. F. Becker, Organism der Sprache (2. Ausg. §. 1, 25, 168.): „Die Sprache ist der in die Erscheinung tretende Gedanke und das Wort der in den Lauten leiblich gewordene Begriff (der Mensch spricht, weil er denkt, und mit der Verrichtung des Denkens ist zugleich die Verrichtung des Sprechens gegeben); und die organische Entwickelung des Wortes ist mit der organischen Entwickelung des Begriffes gewissermaßen ein und derselbe Vorgang; daher erklären sie sich einander gegenseitig, und der eine Vorgang kann nicht wohl ohne den anderen verstanden werden."

4) Wir sind heutzutage in einer Analogie zu jener sinnlichen Prägnanz zurückgekehrt: in der so streng organisirten Skriptur des Wechsels; nur eine strengorganisirte Skriptur kann jenes sinnliche Element der kongruenten inter praesentes und (wesentlich) uno tenore zu vollziehenden Stipulationsworte ersetzen.

derselben Weise dem „spiritus" eine sinnliche Gestalt, ein „Metrum" („ars") zu geben! Wer die Praxis kennt, weiß, wie sehr sie dem täglichen Verkehre fehlt: dies ist auch der stille Refrain auf fast jeder Seite der oben erwähnten Schrift Bähr's über die „Anerkennung als Verpflichtungsgrund," und die Werthschätzung, welche die Genesis der römischen stipulatio in J. Christiansen's Institutionen (S. 306—311., jct. S. 483.) gefunden hat, gehört zu dem Sinnigsten und Geistreichsten, was nicht bloß dieses Buch, sondern die gesammte civilistische Literatur aufzuweisen hat [5]).

---

5) Die Geschichte der stipulatio bietet in mehr als einer Beziehung dem juristischen Studium einen ganz besonders lehrreichen Stoff. Ich will hier nur auf drei Punkte, deren in diesem Zusammenhange noch wenig oder gar nicht gedacht ist, aufmerksam machen: I., Eine Vorstellung, die heutzutage gar arg grassirt, weil sie wie ein **Deus ex machina** sich willig präsentirt, wo der ehrliche Mechanismus der civilistischen Dogmatik nicht mehr zu genügen scheint, ist der Vertrag mit dem Publikum, oder das **pactum cum incerta persona**, wie man wohl auch sich ausdrückt. Da meint der Eine, daß das Patent ein „Vertrag des Erfinders mit der Volkswirthschaft", ein Anderer aber, daß Auslobung „ein Vertrag mit dem Publikum", ein Dritter, daß die Ausstellung und Begebung eines Ordrepapieres (so neuerdings nach Jolly) —, und ein Vierter, daß die Ausstellung eines Inhaberpapieres ein „Vertrag mit dem Rechtssubjekt **in abstracto**" (!) sei, in dessen weiten Falten jeder etwaige zukünftige speziell Betheiligte **potentia**, virtuell stecke. Dagegen könnte uns nun die sinnliche Seite der röm. stipulatio, in welcher das ganze Vertrags-Mysterium sich mit seiner unerschöpflichen Stofffülle birgt, darauf aufmerksam machen, daß Vertrag das Gegenübertreten und Ineinanderweben zweier wirklicher Willen voraussetzt, folglich ein Vertrag mit dem Publikum **in abstracto** oder mit einem Individuum, das noch absolut unbestimmt ist, geradezu ein logisch-juristisches Unding sein muß. Ich denke, die Doktrin habe alle Ursache, einen solchen Fundamentalbegriff, wie den des Vertrages, vor Verflüchtigung zu wahren, und sie müsse in der röm. stipulatio die handfeste Vertheidigungswaffe dazu erkennen. Freilich darf man es dann auch nicht „als etwas an sich zufälliges" ansehen (wie v. Savigny, Oblig.-Recht, II. Bd., S. 221), „daß die Römer gerade die mündliche Frage und Antwort, soviele Jahrhunderte hindurch, als die Grundlage ihres gesammten Geschäftsverkehrs behandelt haben." Mir scheint in diese äußere Schranke, dieses „Metrum", welches der röm. Rechtsinn sich auferlegte, der innere Respekt vor dem begrifflichen Wesen des Vertrages sich eingekleidet zu haben und darin ein achtungswürdiges Beispiel eines naiven und wohlberechtigten Naturalismus gegeben zu sein; er ist es allein, in welchem das umhergeschleuderte Schiff unserer modernen Doktrin für seine Anker Grund findet.

§. 76. Wir sehen, wie die Römer in dem ätherischeren Gebiete der obligatio für deren hauptsächlichsten Entstehungsgrund eine sinnliche Basis, einen plastischen Ausdruck schufen; wie viel näher und leichter war dies nicht in dem kompakteren Sachenrecht! Hier zeigt uns, wieviel die Römer auf die natürliche Grundlage des Rechtes hielten, ihre Organisation der traditio. Diese dachten sie sich nie ohne körperliche Einkleidung; der sachliche Erwerbsgrund hatte für den römischen Rechtsinn ganz nothwendig und unumgänglich ein sinnliches Element (corpus) neben und zu dem intellektuellen (animus); „apiscimur possessionem neque per se animo aut per se corpore" sagt Paulus in l. 3. D. de acq. poss. (41, 2), und „Id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest" setzt Pompon. in l. 11. D. de R. J. hinzu. Hiermit hielten sich die praktischen, plastischen Römer entfernt von jenem verderblichen Supraspiritualismus, welchem z. B. die Franzosen mit ihrer intellek-

---

II., Eine der pikantesten Kontroversen für civilistische Feinschmecker ist die Frage nach dem Abschlußmoment eines Vertrages unter Abwesenden. Auch für deren Entscheidung scheint mir die derbe sinnliche stipulatio einen genügenden Wink zu geben, wenn wir den tieferen Sinn des röm. Postulates, daß inter praesentes die verba gesprochen sein mußten, erwägen. Das Hauptmoment dieses Postulates ist gewiß das, daß der beiderseitig erklärte Wille auch in beiderseitiges Bewußtsein und dadurch in wechselseitige Verschmelzung übergetreten sein müsse. Das objektive Vorhandensein der zwei Willenserklärungen aber enthält an sich eine solche Verschmelzung noch nicht, mithin auch noch keinen perfekten Vertrag: also muß auch der absens wenigstens die epistola erhalten haben, bevor der Vertrag zur vollen Existenz gelangen kann. Nur utilitatis ratio könnte zu einem von diesem Resultat abweichenden Rechtsatz führen.

III., Zu einer höchst interessanten und gewiß nicht unfruchtbaren Vergleichung gibt die Parallele der geschichtlichen Entwickelung, welche die antike stipulatio und das moderne Wechselgeschäft durchlaufen haben, Veranlassung. Sie bringt Leben in die Anschauung der stipulatio und Festigkeit in die Anschauung des Wechselgeschäftes. Wie die stipulatio aus der feierlichen sponsio (freilich noch bestritten!), aus dem patrizischen Ständewesen und darauf erbauten Prozeßgange hervorgewachsen und unter Prätorischer Autorität großgezogen worden ist: so ist auch das Wechselgeschäft aus feierlicher Beurkundungsitte, aus dem politischen Gildenwesen und damit eng zusammenhängenden Exekutionsverfahren hervorgewachsen und durch notarielle oder amtliche Autorität des Handels-Consuls der Städte großgezogen worden. Kurz, es wiederholt sich, während des 13. u. 14. Jahrh., in modernem Costüm, jenes römische Musterdrama der stipulatio.

tuellen traditio huldigen und wir mit unserer ein vermeintliches Bedürfniß des Handelsverkehrs bildenden symbolischen Tradition zu verfallen Gefahr laufen. „In praesenti“ (in conspectu) mußte den Römern die Sache sein, „in quam successio datur“: eine Reminiscenz an jene noch sinnlichere Plastik bei der in jure cessio, bei welcher die Parteien die zu addicirende Sache anfassen, beziehendlich die stellvertretende Scholle berühren mußten, — und ein ebenbürtiges Seitenstück zu der stipulatio, mit welcher sie, die traditio, so häufig zusammengestellt vorkommt. Wir sehen, wie sinnlich und wie plastisch hier, gleich zweien Grundsäulen im römischen Rechtsbau, die zwei Hauptarten der vermögensrechtlichen Erwerbsgründe (civilis und naturalis acquisitiones im Sinne Marcian's in l. 53. D. de acq. rer. dom. 41, 1) dastehen: verba und voluntas, sermo und consensus, corpus und animus, factum und voluntas zu organischer Solidarität verbindend, Form und Stoff, wie Leib und Seele vermählend. Die Wechselbriefe und die Grundbücher der neueren Zeit sind die modernen Brüder jener alten römischen Gestalten, und von demselben Geiste, wie sie, durchdrungen: sie sind die moderne sponsio und die moderne in jure cessio, der Wechsel unsere verborum figura, das Grundfolium unsere gleba pro tribunali (plano).

§. 77. Was zweitens die symbolisch-naturalistischen Wendungen der römischen Vorstellungskraft anlangt, so mag nur beiläufig daran erinnert werden, daß Papirius Fronto das peculium dem individuellen (menschlichen) Organismus oder Leben vergleicht, und Marcian, indem er diesen Vergleich einen artigen, geistreichen nennt, sich unverkennbar daran erfreut, denn, setzt er hinzu, „peculium nascitur, crescit, decrescit, moritur“ (l. 40. D. de pecul. 15, 1). — Wichtiger ist es, zu sehen, wie Ulpian die novatio als eine transfusio (translatio, Fortpflanzung!) debiti in novam obligationem karakterisirt und die usurae mit den fructus rei corporalis vergleicht [1]). Verfolgen wir ferner z. B. die verschiedenen Lebenstadien, welche ein Obligationsverhältniß durchläuft, so werden sich dafür im römischen Sprachschatze die mannigfachsten Ausdrücke zum Theil sehr prägnanter Art finden, welche unsere Vorstellung auf verwandte Lebensprozesse der organischen Natur, gewiß nicht rein zufällig, hinweisen: obligatio concipitur (sed adhuc in pendenti est, infolge beigefügter Sus-

---

1) s. unten §. 81.

pensivbedingung: das ist der Zustand eines Embryo; Analogie: hereditas delata), nascitur, paritur, producitur (perpetuatur), consumitur (Schwächungszustand, sofern naturalis obligatio verbleibt), exspirat, exstinguitur; vires (ex praesenti) accipit, valet, evanescit; obligationes confunduntur, confluunt; obligatio integra, actio salva, dormiens; lis crescit, moritur; conventio contrahitur, distrahitur; a conventione abitur, disceditur. Fundus servit, res liberatur (a pignore) etc.

Wer möchte sagen, wo nicht übertragen ist, und wo die Metapher beginnt, oder wieweit hier Instinkt und Reflexion zusammengehen? Am meisten scheint mir Ulpian die Entlehnung von Wendungen aus dem Naturleben zu lieben.

III. Die symbolisch-naturalistische Betrachtungsweise in der Rechtsdogmatik.

§. 78. Jener naturalistische Trieb hat das römische Rechtsschöpfungswerk vor spiritualistischer Verflüchtigung glücklich bewahrt. Es ist eine verwandte Richtung, wenn die moderne Rechtsdogmatik ein sinnliches Element zur Geltung bringen will. Es ist eine freie Anwendung des von den Römern in der praktischen Gestaltung der Rechtstoffe befolgten Prinzipes auf die wissenschaftliche Darstellung, die dogmatische Verarbeitung der Rechtsubstanz. Von dieser Anwendung, wie ich mir sie denke, sollen nunmehr einige Proben [1]) gegeben werden.

Wir müssen in der Welt der „Rechtsverhältnisse" einen dreifachen Standpunkt der Betrachtung, dieselbe Triplizität, welche in der Naturwissenschaft bereits zur Herrschaft gelangt ist, unterscheiden, je nachdem wir die zeugenden Kräfte (produktiven Potenzen), oder das Innere der erzeugten Gestalten (der produzirten Elemente, Figuren, Konfigurationen, Körper) oder endlich die Lebensprozesse derselben in's Auge fassen. Die übliche Bezeichnung dieser drei Phänomene ist: 1) Entstehungs- und Endigungsgründe, z. B. Vertrag, letzter Wille, Acceptilation; 2) Rechtsverhältnisse z. B. Obligation, Servitut, Urheberrecht am Werke; 3) Entstehungs- und Endigungsarten, z. B. Singularsuccession, Cession, Novation.

Die Phänomene unter 1) bilden den Inhalt der morphologischen Psychologie des Rechtes oder der juristischen Morphologie;

---

1) Vergl. auch meine Schrift üb. „die Oblig. u. Singularsucc." S. 389. 393. 394. 396.

die unter 2) bilden den Inhalt der analytischen Psychologie des Rechtes oder der juristischen Analysis (Anatomie), welche nicht Destruktion, sondern intellektuelle Konstruktion ist, und die unter 3) bilden den Inhalt der biologischen Psychologie des Rechtes oder der juristischen Biologie (Physiologie).

Die Betrachtung der morphologischen Phänomene hat es mit den äußeren Umrissen des Rechtsverhältnisses, gleichsam mit dessen sinnlicher Oberfläche oder Außenseite, mit den Proportionen der äußeren Form zu thun, welche es dem Verkehrsleben zuwendet; hier regiert der Geist der alten „legis actiones" im Sinne der Tripertita des S. Aelius Catus, hier knüpft die Kautelarjurisprudenz an, welche die Rapporte zwischen Theorie und Geschäftsverkehr herstellt, hier zeigt uns das R. R. jene sinnliche, in scharfen, plastischen Konturen hervorspringende, Gedrungenheit, welche wir oben §. 75. 76. besprachen und bewunderten.

Die Betrachtung der analytischen Phänomene beschäftigt sich mit dem Rechtsverhältniß, insofern es einen inneren Bau, eine planmäßige Struktur, Lage und Zusammensetzung seiner Theile und Organe, oder mit anderen Existenzen diesen oder jenen Zusammenhang hat, der einen Theil seines Wesens bildet.

Die Betrachtung der biologischen Phänomene belehrt uns über das Rechtsverhältniß, insofern es ein Leben führt, einen Gang und Verlauf hat, Nahrung und Bereicherung, Verlust und Anfechtung erfährt. Eine Unterabtheilung der Biologie bildet die Betrachtung des kranken Rechtsverhältnisses (Lehre von den Rechtsmitteln: juristische Pathologie und Therapie); sie ist der experimentelle Theil der Rechtswissenschaft, und darum allenthalben das Prozeßgebiet (also das Tribunal des Prätor) die Mutter der Rechtsgeschichte.

Die Morphologie faßt hiernach die äußere Physiognomie und Gestalt, die Analysis aber die ruhende Ordnung des Innenbaues und die Biologie die Gesetzmäßigkeit der lebendigen (der normalen wie der anomalen) Bewegung in's Auge. Jede hat ihr eigenes Gebiet, und diese Gebiete müssen sorgfältig geschieden bleiben [1]).

Wie die Naturwissenschaft, so beginnen auch wir mit der Morphologie (des Rechtes).

---

1) Man unterscheide a) die morphologischen und analytischen Phänomene: nur zu oft werden z. B. Vertrag als Rechtsgrund und Obligation

§. 79. 1. Morphologie des Rechtes oder von den Gründen der Entstehung und Endigung der Rechtsverhältnisse. a. Vertragsbegriff. Die Frage, worin das bindende Wesen des Vertrages liege, erscheint (Vielen) noch heute als ein Problem. Wie ist das zu erklären? Täglich werden Tausende von Verträgen geschlossen, und Jeder hält sie für bindend, ohne dabei an ein bestimmtes Gesetz, welches sie sanktionirt, zu denken. Tausende von Modifikationen und Modalitäten tauchen mit jedem neuen Jahrzehend wachsender Kultur neu auf und werden in die lex contractus aufgenommen, daß man besorgen möchte, es müsse der Vertragsbegriff bersten, — und dennoch dienen diese Ausweitungen nur dazu, uns die dynamische Elastizität des Vertragsbegriffes recht anschaulich zu machen. Da hat nun jedes neue philosophische System seit Kant ihr Maß und Richtscheid herbeigeholt, um zu richten und rechnen und der Seele jenes elastischen Begriffes nachzuspüren. Ist sie gefunden? Die metaphysische Logik ist hier zu grob oder zu fein, wie man es nehmen will, kurz unzureichend, um das Wesen jenes juristischen Zeugungsaktes zu erreichen. Ein organisches Phänomen ist es, welches wir in ihm anerkennen müssen. Es ist die undefinirbare Urkraft des Willens (der Subjekte, der Vertragsparteien), welche lebendig wird und durch ihre lebendige Bethätigung Leben zeugt, gebiert. Wille mit Willen verschlingt, verwebt, vermählt sich: eine logische Formel dafür sucht man vergeblich. Der

---

als Rechtsverhältniß noch durcheinandergemischt; b) die morphologischen und biologischen Phänomene, d. h. die Gründe und die Arten der Rechtsmetamorphosen, vergl. hierzu meine Schrift über die „Oblig. und Singularsucc." S. 53. Anm. 1. — Wie wichtig es ist, Arten und Gründe der Rechtsmetamorphosen zu unterscheiden, wird man auch in der neuesten Literatur noch oft genug gemahnt. So meint u. A. Renaud (Lehrbuch des Wechselr. 1854. §. 50. S. 96.), daß das Indossament nicht Novation begründe, und zwar darum nicht, weil dem Wechselschuldner ohne seine Einwilligung ein neuer Gläubiger gegeben werde. Dieser (einzige) Einwand erledigt sich ganz einfach durch Unterscheidung der Delegation als eines speziellen Novationsgrundes und der Novation als einer allgemeinen Art von Rechtsmetamorphosen. c) Die analytischen und biologischen Phänomene einerseits und teleologische Gesichtspunkte andererseits; nur erstere sind wahrhaft juristische, letztere sind praktisch-politische Momente. Vergl. hierzu, was von mir gegen Ihering (in der Münchener krit. Ueberschau, Bd. II. S. 182.) und gegen Bekker (in meiner Schrift über „die Oblig. und Singularſ." S. 186.) bemerkt worden ist.

Wille des Erwerbers, des Gläubigers erobert, erfaßt des Auctor, des Schuldners Willen, wie es der Römische Mythus im Raub der Sabinerinnen politisch-typisch präfigurirt hat, und aus dem connubium geht die gewollte Rechtsexistenz hervor. Betasten und ausrechnen läßt sich dieser Verlauf und Erfolg nicht, aber wir können ihn umschreiben und symbolisch einkleidend dem Verständniß näher führen. — Konzeption und Geburt fallen dabei regelmäßig zusammen, und wo sie (durch Bedingung [2])) ausnahmsweise faktisch getrennt sind, hat doch der Rechtsinn die natürliche Tendenz, die zeitliche Spaltung zu überwinden und die civilistische unitas tenoris (durch Retrotraktivkraft) herzustellen.

§. 80. b. Formal- und Materialvertrag. Diesen Unterschied hat man sich, obgleich er theoretisch so tief wurzelt und von der größten praktischen Tragweite ist, bis in die neueren Zeiten nicht zum Bewußtsein zu bringen vermocht, — und jetzt ist er der Maßstab geworden für den ganzen großen Bau des Wechselrechtes, welches wir nun erst verstehen lernen. Beide, der Formalvertrag und der Materialvertrag, sind morphologische Grundphänomene, stehend im engen Zusammenhange mit den unten zu schildernden analytischen Phänomenen der (von mir s. g.) General- und Spezialobligationen. Noch aber fehlt es an einer festen Position zur Betrachtung jenes Gegensatzes; dies beweisen Liebe's, des Begründers dieser Lehre, Motivirung des Formalvertrags und die Auseinandersetzung Bähr's (in seiner mehrfach angeführten Schrift über „Anerkennung"), denn beide gehen noch vom Materialvertrag als der Grundlage, als dem Stamme der Rechtsentfaltung aus. Meine Ansicht ist folgende.

Die Bedeutung und Wirkung des Formalvertrages, also z. B. der stipulatio, der Wechselausstellung, des Indossementes, der acceptilatio (Decharge), der Rechnungsaldirung ist leicht zu deduziren, und weit einfacher als das Wesen des Materialvertrages. Das Phänomen des Formalvertrages ist nämlich die unmittelbarste (und darum im Gebiet der Obligationsgründe vornehmste, respektabelste) Folgerung aus der juristischen Produktionskraft des Willens (des Willens in demjenigen Gebiete, wo er souverain ist: lex contractus!). Der

---

2) ebenso bei den analogen Suspensionen: bei der litiscontestatio im Verhältniß zur res judicata, bei der Captivität im Verhältniß zum postliminium, bei der hereditatis delatio im Verhältniß zur aditio. Vergl. dazu meine Schrift über „die Oblig. und Singularsucc." §. 22. S. 87.

Wille des Gläubigers und des Schuldners, auf die bestimmtabgegrenzte (abgezirkelte) Handlung, Leistung („Spondesne mihi Centum dare? — Spondeo!“; „Zahlen Sie die Summe von 100 Rthlr. — Angenommen!“) gerichtet, genügt zur Hervorbringung einer Obligation: denn wir haben hier Subjekt und Objekt, Stoff und Umfriedigung, und dies genügt, ein Herrschaftsverhältniß, ein Obligationsindividuum zu konstruiren. Das oberste Gesetz eines strengen, weisen Haushaltes aber sagt: das, was genügt, ist auch genug und das Ueberflüssige hat kein Recht und keinen Grund. So das strenge alte Recht. Das neue Recht ging weiter; auch der Luxus wird zum Bedürfniß. Aber immer ist wahre Nothdurft leichter und einfacher zu motiviren als künstliches Bedürfniß. Die zusammengesetzte, komplizirte, künstliche, elastische, bewegliche Gestalt des Materialvertrags ist ein Erzeugniß der Kultur, und die Hauptfrage dieser Gestalt gegenüber ist, wie das Vertragsmotiv, die specialis causa debendi, welche bis dahin in unbestimmter Tiefe der subjektiven Sphären webte und schwebte, welche an sich ein rein subjektiv-psychologisches, mit nichten ein unmittelbar-civilistisches Element ist, zu einem Vertragsmoment erhoben und konsolidirt werden könne. Logisch läßt sich in der That eine solche Gestaltung nicht begründen und demonstriren (— freilich auch noch viel weniger widerlegen); wir müssen zu der dynamischen Betrachtungsweise unsere Zuflucht nehmen und sagen, daß jene Gestaltung das Gepräge einer organischen Amalgamirung oder Transsubstantiation trage, welche der körperlichen Einathmung und Einverleibung auf ein Haar gleicht. — Hier ist der Berührungspunkt der Morphologie und der Analysis (s. unten §. 82.).

§. 81. 2. Analysis des Rechtes oder von dem anatomischen Bau der Rechtsverhältnisse. Hier ist einleitungsweise daran zu erinnern, daß das analytische Wesen des Rechtsverhältnisses in dem Bezuge des Subjektes zu dem Objekte ruht. Subjekt und Objekt, Herrschaftswille und Objektsqualität sind die beiden metaphysischen Pole des Rechtsverhältnisses, und wir scheiden die hier zu beobachtenden organischen Phänomene, je nachdem sie unseren Blick auf den Herrschaftswillen oder auf die Objektsqualität gefesselt halten. Dieser Doppelfaden der Betrachtung läßt sich an zwei Aeußerungen römischer Juristen anknüpfen, in welchen wir freilich nur naive, wie aus bläulicher Gebirgsferne hervordämmernde, Ahnungen, aber doch Ahnungen einer civilistisch-organischen Ent-

faltung des Herrschaftswillens und der Objektsqualität erkennen müssen.

Ich erwähnte schon früher, daß ein römischer Jurist (Ulpian in l. 34. D. de usur. 22, 1.) die usurae mit den fructus verglich. Man hat diesen beiläufigen Vergleich bisher rein äußerlich verstanden, und doch schlummert in ihm wohl ein tieferer Gedanke; es ist die Perle in der Muschelschale auf dem Meeresgrunde. Die Römer (s. Pomponius in l. 121. D. de V. S.) hielten daran fest, daß die usurae den Inhalt einer besonderen obligatio bildeten; sie wußten also recht gut, daß die usurae nicht wirkliche fructus („non ex ipso corpore") seien, aber sie fühlten zugleich instinktmäßig heraus, daß die Zinsenobligation, welche neben der Kapitalobligation hergeht, in einem eigenthümlichen (civilistisch-organischen) Zusammenhange mit derselbe stehe, welcher nicht mit mechanistischer oder einfach-logischer Formel zu erschöpfen, sondern ein elementär-lebendiges Erzeugniß des Rechtsinnes sei [1]. Was lag nun näher, als die Zinsen kurzweg mit den aus der lebendigen Triebkraft der res frugifera hervorquellenden Frucht zu vergleichen? Für den stumpfen Blick, der das Meer für nicht tiefer hält, als die Welle auf seiner Oberfläche, bleibt dieser Vergleich ein äußerlicher und unfruchtbarer; wir wollen den römischen Juristen die fruchtbare Auslegung zutheil werden lassen.

Aehnlich scheint es sich mit derjenigen Auffassung des Pfandrechtes zu verhalten, welche in einer Aeußerung des Javolenus gefunden werden kann: „Fructus rei est, vel pignori dari licere" (l. 49. D. de usur. 22, 1.). Diese Aeußerung (wiederholt in l. 72. D. de R. 3.) würde zu einer bedeutungslosen Phrase zusammenschrumpfen, wenn nicht darin ein Pulsschlag spirituellen Lebens enthalten, die Ahnung eines organischen Grundphänomens zu unterstellen wäre: eine Andeutung des „irrationalen" Verhältnisses, in welchem, wie wir nachher sehen werden, das jus in re aliena zu dem Eigenthum wirklich steht.

§. 82. A. Pol der Subjektivität, oder civilistisch-organische Entfaltung des Herrschaftswillens. a. Unterscheidung der General- und Spezialobligationen [1]. Diese so wichtige Unter-

---

1) s. unten §. 85. e.

1) Es ist nicht gut, und eine Folge der allenthalben im System sich ungebührlich hervordrängenden historischen, genealogischen Betrachtungsweise (s. auch unten §. 86. 4.), daß man diese Unterscheidung bisher nur als ein Kriterium der Entstehungsgründe (Formal- und Materialverträge) aufgefaßt hat.

scheidung ist unter folgenden Gesichtspunkt zu bringen. Der Wille des (herrschenden, also in Uebereinstimmung mit dem Willen des Schuldners befindlichen) Gläubigers stellt sich in seiner einfachsten (juristischen) Verwirklichungsform als Herrschaft über eine schuldnerische Leistung (zunächst ohne alle weiteren Beziehungen) dar; die auf einem solchen ungegliederten knappen Willen ruhende Obligation ist der Urtypus der Obligation, ist die Obligation κατ' ἐξοχήν, die Darstellung der obligatorischen Urpflanze. Sie erscheint noch in der strengen einseitigen Obligation ex stipulatu (man denke namentlich an die alte condictio certi daraus!) und in der wechselmäßigen Schriftverbindlichkeit (ob verborum oder scripturae „proprietas", ist für den Bau der Oblig. gleichgültig; s. Gai. III, 136). — Neben diesen monadischen Typus tritt die andere Klasse von Obligationen, deren Wesen unmöglich vollkommen begriffen wird ohne Zuhilfenahme des Gedankens organischer Proportionen. Die Spezialobligation zeigt eine Differenzirung des Baues, einen gegliederten, bereicherten und (wenn ich so sagen darf) lebensvoller ausgearbeiteten Organismus, und nur Oberflächlichkeit kann meinen, den Unterschied der Spezial- von der Generaloblig. auf ein mechanisches oder logisches Kriterium zurückführen zu können. Das selbständige Lebensprinzip der Spezialobligation ist die als ein Moment des Begründungswillens anerkannte und dadurch in den eigenen Leib der Obligation intussuscipirte individuelle causa debendi. Durch diese Einverleibung des Vertragsmotivs wird die obligatorische Urpflanze zu einer Kunstpflanze spezifizirt und ausgeprägt, es entfaltet und komplizirt sich der civilistische Körper des Rechtsverhältnisses und gleicht einem Gefäß, welches wesentlich vertieft eine größere Fülle individueller Verkehrsbeziehungen in sich aufnimmt (d. h. zur Geltung bringt). Diese Fülle strömt aus jener Kausalwurzel hervor, und verbreitet sich wie

---

Die Hauptsache ist, daß wir es hier mit wesentlich verschieden gebauten Obligationen zu thun haben. Nach dieser analytischen Verschiedenheit und mit möglichstem Anschluß an die Quellen können die Generalobligg. als indiskrete (vergl. Paul. in l. 25. D. de prob. 22, 3.), abstrakte, oder mit Rücksicht auf ihre Geltendmachung auch als prompte, glatte oder meinetwegen als Neutralobligationen, — die Spezialobligg. aber (arg. l. 5. D. 22, 2. u. l. 35. D. 10, 2.) als differenzirte, konkrete, qualifizirte, karakterisirte, individualisirte oder Kausalobligationen bezeichnet werden.

ein feines Nervengeflecht durch den Leib der Obligation bis nach ihren äußersten Spitzen und bis in ihre innersten Gänge. Daher die für alle Verkehrschwingungen so geschärften Sinne derjenigen Obligationen, „quibus vitae commercium continetur.“ Wir haben nicht mehr die juristische Monade einer stricta actio mit ihrer kalten Kürze, mit ihrer epischen Ruhe, mit ihrer starren Unerbittlichkeit vor uns, sondern wir merken an jedem Punkte des reichen Organismus eine individuelle Wärme und nachhaltige Elastizität [2]). Wie vertieft sich z. B. durch die aus der „affectio societatis“ „ipso jure“ entspringende Intempestivitätsrücksicht die obligatio! Man lese des Paulus Worte in l. 17. §. 2. D. pro socio (17, 2): „in societate coëunda nihil attinet de renunciatione cavere, quia ipso jure societatis intempestiva renunciatio in aestimationem venit“, und man vergl. hierzu des Ulpian's Worte in l. 1. D. depos. (16, 3): „depositum est dictum, ut ostendat, totum fidei commissum, quod ad custodiam pertinet.“

§. 83. b. Wesen der gegenseitigen Obligationen. Fragen wir nach dem karakteristischen Kennzeichen dieser Obligationsgebilde neben den übrigen Kausalobligationen (contractus bonae fidei), so erhalten wir zur Antwort: die wechselseitige Solidarität der Leistungen (wie sie z. B. von Ulpian in l. 19. D. de V. S. mit den Worten: „Contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant: veluti emtionem...,“ und in l. 11. §. 18. D. de act. emti, 19, 1. mit den Worten; „Neque enim bonae fidei contractus hac patitur conventione, ut emtor rem amitteret, et pretium venditor retineret“ vorgeführt wird). Fragen wir aber weiter nach dem Prinzip dieses Zusammenhangs, so lauten die Antworten theils sehr unbestimmt, theils fast verzweiflungsvoll. V. Scheurl [1]) hat in den Worten: „Sobald und solange aber in einer solchen Obligation

2) Die Qualität dieser Ausdehnung der Obligation wird von den Römern, indem sie die Formel von der äußeren, prozessualischen Physiognomie hernehmen, mit „officium“ oder „libera potestas judicis“ bezeichnet. So sagt Paulus in l. 7. D. de neg. gest (3, 5): „...tantundem in bonae fidei judiciis officium judicis valet, quantum in stipulationibus nominatim ejus rei facta interrogatio,“ Gaius IV, 63: „...quia id bonae fidei judicio conveniens videtur, ideo officio ejus (sc. judicis) contineri creditur“. cf. Cic. de offic. III. c. 7, 70: „summa vis“, „manere latissime“. Vergl. unten §. 89. Anm. 1.

1) Beiträge z. Bearb. d. Röm. R. II. (1852), S. 151.

sich gegenseitige Forderungen dieser Art, Forderungen und Gegenforderungen ex eadem causa gegenüberstehen, sind sie mit einander verwachsen wie Glieder eines Leibes" den einzig richtigen Gesichtspunkt hervorgehoben; wir gelangen zu demselben Ergebniß, wenn wir, uns der Worte des Gaius (IV, 61.): habita ratione, ejus, quod invicem actorem ex eadem causa [2]) praestare oporteret" erinnernd diese „causa" mit der ihr in §. 80. zuertheilten tieferen Bedeutung verstehen. Hiernach drückt die Einheitlichkeit der causa die organische Solidarität der wechselseitigen Gegenforderungen aus, in deren obligatorisches Geäder, von eben jener causa als dem Herzen aus, der Strom organischen Lebens getrieben wird. Diese Solidarität ist eine organische, „irrationale", civilistisch inkommensurable Proportion, aber doch eine wirkliche und anzuerkennende Größe, nicht in eine strenge logische Formel faßbar, nur an einer Reihe einzelner Symptome als der Konsequenzen des elementären Verhältnisses nachweisbar [3]).

---

2) Vergl. im Gegensatz hierzu das „ex alia causa" des Pomponius (in l. 121. D. de V. S.) in Betreff der Zinsenobligation.

3) Die Erkenntniß dieser Unmöglichkeit, eine logische Formel zu erobern (vergl. meine Schrift über „die Oblig. und Singularsucc", S. 88. 226. u. §. 90. S. 357.), ist wesentlich verschieden von dem höchstbedenklichen Rückzug, welchen Dernburg (Compensation, 1854. S. 66 flg.), antritt, indem er rücksichtlich des Röm. R. behauptet, daß demselben „die Theorie der Einheit beider Obligg. fremd" gewesen, daß es gegenseitige Obligg. „von Anfang an im Ganzen und Großen und immer als zwei selbständige Rechtsindividuen betrachtet" habe. Dernburg hat gewiß Recht, wenn er annimmt, daß der römische Blick ursprünglich nicht beide Gegenforderungen als Einheit umspannt habe, aber er gibt selbst (S. 68.) zu, daß Modifikationen dieser ersten rohen oder ungelenken, schwerfälligen Betrachtungsweise später eingetreten seien. Wir haben hier eine That des Prätor vor uns! Auch anderwärts finden wir ja eine stufenweise Erhebung des röm. Rechtsinnes über die alte strenge condictio certi, so in der actio ex stipulatu; bei den s. g. contractus claudicantes half man sich mit Unterstellung einer naturalis obligatio des Pupillen, um der Gegenseitigkeit des Obligationsverhältnisses den nöthigen Halt zu geben (v. Vangerow, Vorles. I. §. 279. Anm.). Warum gibt nun Dernburg den von Anderen, schon von Gans, Zimmern, Liebe (Stipulation, S. 248—259.), v. der Pfordten (Abhandl. S. 242. 248.), v. Scheurl, Arndts u. A., sodann von Hasse, Bethmann-Hollweg, Brinz (durch die spezifische Auffassung der compensatio bei bonae fidei judiciis) ausgesprochenen Gedanken der Einheit wieder auf, und legt den Körper der gemarterten obligatio auseinander, wie der Physiolog, der im Gehirn herum-

§. 84. c. Zweigobligationen (Stellvertretung und Abtretung). Das Verhältniß der actio (obligatio) adjecticiae qualitatis, cessa und utilis (sc. ex cessione legis) hat man bisher vergeblich versucht, auf einen klaren Gesichtspunkt zurückzuführen; die Versuche haben bald zu Inkonsequenzen, bald zu Absurditäten, hier zu Ungenauigkeit und Oberflächlichkeit, dort zu vollständiger Prinzipiplosigkeit geführt. Keiner ist bis jetzt mit Aufrichtigkeit ganz befriedigt. Es liegt uns hier, — warum will man es vornehm ignoriren? — ein Fall vor, an welchem die prinzipielle Unzulänglichkeit unserer bisherigen Dogmatik dringlich zutage tritt. Die Palliative sind abgenutzt, die Tünche genügt nicht mehr, ein Umbau muß

---

wühlt, um den Lebenskern, den Sitz der Seele zu suchen, und die Wage herbeiholt, um den Lebenstoff zu wägen? Dernburg's Beweisführung, daß auch später noch die Römer an der Getrenntheit der Gegenforderungen festgehalten hätten, scheint mir nicht gelungen (S. 69—82). Denn (zu I:) die dualistische Bezeichnungsweise der gegenseitigen Obligg. beweist höchstens für das Vorherrschen der dualistischen Anschauung in der frühesten Zeit. (Zu II:) Bei den s. g. negotia claudicantia gilt es als eine durch positiven Rechtsatz eingeführte Ausnahme, daß nicht eine gegenseitige (höchstens auf der anderen Seite eine naturale) Oblig. entstehe, sondern die anderseitige Leistung lediglich als negative Bedingung der Gegenleistung gelten solle („nec tamen quidquam consequitur, nisi ultro..." l. 34. §. 3. D. de contr. emt. 18, 1.). (Zu III:) Die spätere Zulassung der compensatio bei gegenseitigen Kontrakten eines Gewaltuntergebenen beweist für die Ueberwindung der alten dualistischen Anschauung. (Zu IV:) Die besondere Natur des Kaufs, vermöge deren das zur-Disposition-stellen der Waare, nicht aber die Effektuirung der corporalis traditio, der Prästationschwerpunkt, ist, macht die Andersbehandlung des Kaufs, im Gegensatz der übrigen gegenseitigen Obligg. bei Unmöglichwerden der einerseitigen Leistung, erklärlich (s. Kuntze, Diss. „In obligg. bilateralibus ad utrum contrahentium obligationis periculum pertineat?" Lips. 1851. p. 23—39.). Ein pactum de non petendo greift nicht die Obligation an, läßt also den Bestand der gegenseitigen Oblig. überhaupt unaffizirt. (Zu V:) Die Beibehaltung der dualistischen Klagformel beweist nichts zu Gunsten eines inneren Prinzips, da sie schon durch den äußeren Gesichtspunkt geboten war, daß möglicherweise der Beklagte seinerseits seine Gegenforderung jetzt noch gar nicht geltend machen wollte. Uebrigens darf nicht logische Identität und organische Solidarität verwechselt werden. Daß bei minus petitio das ganze Verhältniß in litem deduzirt wird, ruht auf der logischen Wesenseinheit der Leistung. Leistung und Gegenleistung aber bilden nicht eine logische Einheit, sondern erscheinen nur als organisch verbunden (verwachsen); dieser organische Zusammenhang ihrer Elemente verhindert nicht ihre Scheidung bei der Ausübung.

vorgenommen werden, so unbequem er auch Vielen erscheinen mag. Alle logischen Formeln haben sich als unzureichend erwiesen (vergl. meine Schrift üb. die Oblig. §. 86. S. 343.), man hat hinter dem Altare Hegelscher Dialektik ein Asyl gesucht (vergl. a. a. O. S. 101.) und den Geist der Nationalität heraufbeschworen (a. a. O. S. 104. und §. 92. S. 365.); aber es däucht mir, daß die gejagten Geister der Stellvertretung und Abtretung (Cession, Schuldabtretung) nicht eher Ruhe finden werden, als bis erkannt oder anerkannt sein wird, daß es sich hier um eine „abgeleitete Obligation" handelt, und das Prinzip der Abhängigkeit derselben von ihrer Grundobligation (Stammoblig.) in einer organischen Proportion enthalten, d. h. die abgeleitete Obl. eine Zweigobligation ist. Dieses Abhängigkeitsverhältniß ist ein juristisches, es handelt sich dabei um eine juristische Configuration, nicht um ein bloß äußerliches Aggregatverhältniß (wie es z. B. das Stell- und Ausspielgeschäft, das Lotterie- und Aktienunternehmen im Ganzen sind). Aber es ist ebensowenig ein logisch-kommensurables Verhältniß. Wir haben es vielmehr mit einem civilistisch-organischen Phänomen hier zu thun, und die dafür (in Ermangelung jeder anderen kürzeren Bezeichnung) gewählte symbolische Formel enthält den intellektuellen Reflex des vegetativen Zusammenhangs der Rebe mit dem Weinstock (vergl. meine Schrift über die Oblig. §. 72. S. 292. und §. 90.).

§. 85. d. Korrealobligationen. Der Korrealverband mehrerer Obligationen gehört gleichfalls zu den organischen Grundphänomenen des Rechtes. Denn die intellektuelle Multiplizirung des obligatorischen Vermögenstoffes (s. meine Schrift üb. „die Oblig." S. 139.) durch gleichzeitige Verwendung für mehrere Obligationsindividuen ist ein durchaus „irrationales", inkommensurables, d. h. ein civilistisch-organisches Verhältniß, ist das elementäre Erzeugniß einer freien That oder Schöpfungs-Arbeit des Rechtsinnes, und wir müssen, wollen wir ehrlich sein, darauf verzichten, dieses Verhältniß verstandesmäßig zu demonstriren; die Exaktheit der Forschung oder Methode besteht hier darin, daß wir die Grenze des juristischen Rechnens konstatiren, und das freiheitliche Wesen des sympathischen Zusammenhangs der Korrealobligg. anerkennen (vergl. a. a. O. S. 143. 144.).

e) Accessorische Obligationen. Neben den angeführten Konfigurationen der gegenseitigen, der abgeleiteten und der korrealen

Obligationen gibt es noch andere obligatorische Verknüpfungsweisen, welche gleich diesen als organische Elementarverhältnisse aufgefaßt werden müssen, und es ist wichtig, dieses Gemeinsame sich klar zum Bewußtsein zu bringen, weil es ohne das unmöglich ist, die Merkmale ihrer Unterscheidung untereinander frei von Vermischung mit fremdartigen Momenten zu halten. Nur um hierauf aufmerksam zu machen, erwähne ich noch der accessorischen oder dienenden Obligationen (Bürgschaft, Zinsenverbindlichkeit, Pönal- und Honorarobligation — in gewissen Fällen, z. B. beim Verlagsvertrag —), von welchen bereits oben (§. 81.) in Anschluß an eine Aeußerung des Ulpian bemerkt wurde, daß ihr Bezug zu der Grundobligation ein eigenthümlicher sei. Erinnerte uns der Zusammenhang der actio adjecticiae qualitatis mit ihrer Stammobligation an das Verhältniß des Zweiges zum Stamm, so drängt sich uns bei der Betrachtung der accessorischen Obligation das Verhältniß der Frucht zur res frugifera als Vergleich auf, und wir müssen mit der aus diesem Vergleich gezogenen Formel fürlieb nehmen, wenn wir nicht überhaupt aller Formulirung entrathen wollen.

§. 86. f. Prädialservitut. Ein anderes organisches Grundphänomen, dessen Betrachtung uns in das Gebiet der Realrechte versetzt, ist das Prinzip, auf welchem das Kriterium der Prädialservitut beruht. Ich habe früher dieses Prinzip als „Rechtsqualität des praedium dominans [1])" formulirt [2]). Genauer muß gesagt werden, daß nur durch Einfügung, durch Vermittelung eines civilistisch-organischen Gelenkes das Wesen der Prädialservitut konstituirt werden könne. Um die Natur dieses Gelenkes festzustellen, genügt es nach meinem Dafürhalten nicht, mit v. Savigny [3]) hervorzuheben, daß der Erwerb (die Entstehung: Verknüpfung mit dem Subjekt) der Prädialservitut nicht durch ein einfaches (das bestimmte Individuum treffendes) Ereigniß, sondern künstlich vermittelt werde [4]). Vielmehr müssen wir, um in das Wesen, d. h. in die

---

1) Denn nur um das dominans kann es sich handeln; die Verpflichtung des Eigners des praed. serviens hat nichts Außerordentliches: s. v. Savigny, System, I. S. 377. c.

2) Vergl. Heidelb. krit. Zeitschr. I. S. 553.

3) System, II. §. 103.

4) Es ist nicht ohne Interesse zu beobachten, wie das Grundprinzip der historischen Schule, das ihren Blick immer vorzüglich auf das Werden und

Struktur der Prädialservitut einzudringen, unseren Blick auf das bestehende Rechtsverhältniß lenken; v. Savigny selbst scheint nachher [5]) diesem Gesichtspunkte sich zuzukehren. — Es handelt sich mit einem Worte hier um eine ungewöhnliche, um eine organische, sympathische Verknüpfung eines Servitutrechtes mit dem Eigenthumsrechte, wodurch ersteres als eine accessio und sequela des letzteren erscheint.

Ein Seitenstück zu der Prädialservitut bildet die deutschrechtliche Realgerechtigkeit, welche nichts anderes ist wie eine („incerta ac perpetua“) obligatio (nomen) als accessio und sequela eines Grundeigenthumsrechtes, — sowie die deutschrechtliche Reallast, welche ein passiv gewendetes Realrecht ist (ein debitum als sequela eines Grundeigenthumsrechtes). Wir würden vergeblich versuchen, diese „ungewöhnliche Verknüpfungsweise" auf eine knappe logische Formel zurückzuführen, und doch ist sie ein wirkliches Phänomen der Rechtswelt und mannigfache Konsequenzen in ihrem Schoße tragend [6]).

§. 87. B. Pol der Objektivität oder civilistisch-organische Entfaltung der Objektsqualität. — Der einfachste, natürlichste, primitive Standpunkt einer Sache gegenüber, welche als Rechtsobjekt in die Atmosphäre des Rechtes hereingezogen wird, ist der, daß die an der Sache anerkannte Rechtsqualität als negativ und positiv kongruent mit dem betreffenden Recht oder Herrschaftswillen aufgefaßt wird. Auf diesem Standpunkte enthält das Recht an der Sache

---

Entstehen gerichtet hielt, auch im Detail der Theorie (ex ungue leonem!) fortpulsirt. Es kann obiger Fall recht wohl als ein spezieller Beleg für den generellen Unterschied gelten, welcher zwischen dem Standpunkte der historischen Schule und der neuen „Naturlehre des Rechtes" stattfindet. Vergl. oben §. 59. und §. 82. Anm. 1. Daß bei den klassischen Vertretern, seltener bei den Epigonen, der historischen Richtung auch Andeutungen der analytischen Momente wahrnehmbar sind, ist sicher, ändert aber an dem allgemeinen Verhältniß nichts.

5) a. a. O. S. 375. 377. c. und e.

6) So ist z. B. der Satz: servitutem pro parte (sc. dominii) acquiri non posse (l. 11. D. de serv. 8, 1) das Resultat eines Zusammenwirkens der zwei Wurzelsätze: 1) condominium ist ein dominium am ganzen fundus „pro parte pro indiviso“, 2) die Prädialservitut ist ein Nebenrecht des Eigenthumsrechtes (in seiner Gesammtheit und Einheitlichkeit). — Hiernach ist das, was ich in der angef. Abhandlung (krit. Zeitschr. I. S. 559. unter b.) auseinandergesetzt habe, schärfer zu bestimmen.

weder ein Geringeres noch ein Mehreres, als was gleichsam in der Sache selbst zur äußeren Erscheinung kommt, d. h. der Umfang des Rechtes deckt den Umfang seines Objektes. Die fortschreitende Entwickelung emanzipirt aber den Rechtsinn von diesem Kongruenzpostulat, und zwar ist dies nach einer zwiefachen Richtung hin denkbar: theils wird ein Recht an der Sache, ein Eigenthum anerkannt, welches die Proprietätsqualität der Sache nicht erschöpft, theils wird aus der Objektsqualität noch außer der Proprietätsqualität eine weitere Subjektionsfähigkeit gleichsam herausgeschält; jene Beschränkung (Subtraktion) ist in dem intellektuellen Theileigenthum, diese Erweiterung (Addition) in den jura in re aliena gegeben.

a. Intellektualtheilung. Die römischen Juristen drücken sich über dieses Phänomen oft ziemlich ungeschickt, aber nicht leicht geradezu falsch aus [1]); unsere Lehrbücher schlüpfen meist recht zierlich über die Tiefen dieses Phänomens hinweg, aber recht oft drücken sie sich dabei geradezu falsch oder doch inkorrekt aus (einzelne Ausnahmen!) — Zuvörderst müssen wir anerkennen, daß wir es hier nicht mit einer Theilung des Objektes, nicht mit einer am Objekt selbst wahrnehmbaren Zergliederung, wie es z. B. bei einem mitten auf der Grenze stehenden Baume — „finitis partibus“ — der Fall ist, sondern mit einer Zergliederung und Auseinanderlegung des Eigenthumsrechtes zu thun haben, so daß dieselbe Sache, das totum corpus, zum Gegenstand eines mehrmaligen, eines intellektuellen Theileigenthums gemacht wird. Ein also differenzirtes, qualitativ unversehrtes, aber quantitativ beschränktes Eigenthum ist ein organisches Phänomen, es kann nicht demonstrirt, sondern nur umschrieben werden: dadurch daß man sagt, der Miteigenthümer beherrsche die ganze Sache, aber nur nach Maßgabe, als er nicht in der Ausübung durch das danebenstehende Miteigenthum Anderer beschränkt sei.

§. 88. b. Servitut (und andere jura in re aliena) ist weder

---

1) „totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere“ Ulp. in l. 5. §. 15. D. commod. (13, 6); „plures in uno fundo dominium juris intellectu, non divisione corporis obtinent“ Papin. in l. 66. §. 2. D. de legat. (II); „pro partibus indivisis, ut intellectu magis partes habeant quam corpore“ Ulp. in l. 5. D. de stip. servor. (45, 3); „confundit jus dominii“, „communis pro indiviso fiet“ Paul. in l. 19. pr. D. comm. div. (10, 3).

ein Recht an einer fingirten Sache, noch auch ein Recht, welches zum Inhalte ein aus dem Eigenthum entnommenes Segment hätte, sondern ein Recht an dem corpus neben dem unversehrten Eigenthum. — Wie aber ein solches Recht neben dem Eigenthum als der totalen Herrschaft über die Sache zu konstruiren sei, das wird uns so lange ein Problem bleiben, als wir uns an den Gedanken einer organischen Proportion nicht zu gewöhnen vermögen. Das Verhältniß ist ein „irrationales" und läßt sich etwa so fassen [1]):

Rechtsobjektivität einer Sache ist die Summe ihrer denkbaren Verwendungsarten im Rechtsgebiet. Erst nach und nach erschließt der reifende Rechtsinn den ganzen Reichthum ihres Inhaltes, entdeckt, erweckt er alle Dimensionen, welche bis dahin in der Eigenthumsfähigkeit gleichsam schlummerten. Im Anfang der Rechtsentwickelung (Rustikalservituten haben sich freilich sehr frühzeitig gebildet) erscheint die Rechtsobjektivität als flach, man könnte sagen, gleichend der antiken Malerei, ohne Perspektive; durch die Schöpfung des Servitutbegriffes ist Perspektive in die flache Masse der Rechtsobjektivität hineingetragen worden. Der Rechtsinn gewinnt auf diese Weise der Sache eine Mehrheit juristischer Seiten oder Qualitätsdimensionen ab. — Nachdem er zuerst, so läßt sich's gleichfalls stellen, in der Unterwerfbarkeit der Sache unter Eigenthum alle thatsächlichen Herrschaftszwecke an der Sache erschöpft und zusammengefaßt hat, welche wir uns gleichsam in Eine Linie, in einen Stamm gedrungen denken können, erschließt er nun eine neue Dimension (in der Servitut, dann im Pfandrecht) und arbeitet die Linie zur Fläche, die Fläche zum Körper aus; — oder: nachdem der Rechtsinn zuerst nur den Stamm der juristischen Existenz aus der (zum Rechtsobjekt qualifizirten) Sache hervorgetrieben, läßt er nun aus diesem Stamme der Rechtsobjektivität das Zweigwerk der jura in re aliena hervorwachsen. Es ist eine organische Kraft, welche der Servitut neben dem Eigenthum Platz macht, ohne dieses zu verletzen und aufzuheben: logisch demonstrabel ist diese Ausweitung der sachlichen Rechtsobjektivität nimmermehr, definiren können wir diese Proportion nicht, wir können sie nur in einem symbolischen Ausdruck (Zweigverhältniß — fructus est — s. die Aeußerung des Javolenus oben §. 81.)

---

1) Vergl. meine Schrift über „Die Oblig. und Singularsucc." S. 62. Anm. und S. 85.

fassen, wir können, gerade wie auch der Physiolog die Erscheinungen des Lebens nicht bis in ihren letzten Grund zu erklären und zu berechnen vermag, jene Proportion nur umschreiben, indem wir sagen, daß der Eigenthümer in der Ausübung [1]) seines Eigenthums durch eines Dritten jus in re beschränkt werde. Mit nichten wird die Servitut aus dem Eigenthum mechanisch herausgeschnitten, das Eigenthum ist organische Voraussetzung und Unterlage der Servitut: das Verhältniß ist wie das des Zweiges zum Stamme, (d. h. die in §. 84. und 85. e. auf den Pol der Subjektivität angewendete Proportion auf den Pol der Objektivität übertragen) oder das der Frucht zum Zweige. —

§. 89. 3. Biologie des Rechtes, oder von den Arten der Entstehung und der Endigung der Rechtsverhältnisse. a. Litiscrescenz und Amplifikation der Obligationen. Eine eigenthümliche Metamorphose ist die Fähigkeit der Obligation, eine Erweiterung ihres Inhaltes ohne Beeinträchtigung ihrer Individualität zu erfahren. Das Wesen dieser Metamorphosen zu verstehen und ihre Möglichkeit zu formuliren, reicht die äußerliche, mechanische Betrachtungsweise nicht hin. Man fragt, wie durch Uebernahme des judicium (der litis contestatio) in den mit manus injectio ausgestatteten Obligationen oder durch Entscheid des Richters („officium judicis" [1])) bei mora des Schuldners in den Lebenskreis der Obligation ein amplifizirendes Element eintreten könne (crescit lis, usurae officio judicis praestantur, Regreßspesen werden zu der Wechselklage gegen den Regreßpflichtigen geschlagen). Der oberflächliche Blick wird sich mit einfacher Addition zufrieden geben und nicht einsehen, daß doch solches mechanische Zusammenrechnen nichts als ein äußerliches Ankleben fremder Stoffe an eine geschlossene (Obligations-) Existenz wäre. Wer aber das Bedürfniß fühlt, tiefer einzudringen, wird hier das Phänomen organischen Wachsthums, wofür die römische Sprachplastik nicht umsonst den Ausdruck „crescit" einge-

1) Vergl. meine Abhandlung über Servituten (gegen Elvers) in der Heidelb. krit. Zeitschr. Bd. II. (1854), Heft 2.

1) Für die organische Amplifikation der Obligation, wodurch deren Physiognomie und Individualität nicht affizirt ward, gebrauchten die Römer den etwas äußerlichen und nach dem stilus curiae schmeckenden, aber nicht ganz unsachgemäßen Ausdruck: „judicis officio continetur" (Gai. IV, 63, §. 30. J. de act. 4, 6.); s. oben §. 82. Anm. 2.

bürgert hat, erkennen und darin eine Anwendung der dynamischen Civilistik gewahr werden.

§. 90. b. **Perpetuation** und **Novation** der Obligationen [1]). Jenes Phänomen ist eine intensive (concentrische, esoterische), dieses ein extensive (excentrische, exoterische) Metamorphose oder Transsubstantiation des obligatorischen Organismus [2]). Durch die Perpetuation erlangt die Obligation die Fähigkeit, ihren Vermögenstoff vollständig zu wechseln; sie kann sich nun des ursprünglich eingebornen Vermögenstoffes entäußern und durch organische Aufnahme eines Surrogates aufrechthalten. Jener Verlust und dieser Ersatz vollziehen sich innerhalb des Obligationsindividuums, und daß dieses, woran ein wesentliches Interesse besteht, als Spezies, als feste Existenz im Wechsel der Elemente gewahrt bleibt, kann lediglich auf civilistisch-organische Weise erklärt werden.

Auch die novatorische transfusio debiti in novam obligationem ist so wenig ein einfaches logisches Verhältniß, daß es bis auf die neueste Zeit Niemandem geglückt ist, das Wesen dieser Erscheinung mit dem Apparate unserer bisherigen dogmatischen Methode zu erklären, d. h. in einer zugleich erschöpfenden und korrekten Formel wiederzugeben. Denn **entweder** gelangte man dazu, die karakteristischen Merkmale der Novation ähnlichen Erscheinungen gegenüber bis zur offenbarsten Prinziplosigkeit zu verwischen: so namentlich Aeltere, aber auch noch manche Neuere, welche in der Novation nichts anderes erkennen als in jeder faktischen Substituirung einer Obligation an die Stelle einer zu beseitigenden Obl.; **oder** aber man verwickelte sich in eine Kollision mit der allgemeinen Auffassung der Novation als einer **Tilgungsart** von Obligationen (so **Liebe**), und fand sich in Widerspruch mit der Auffassung des eng verwandten Phänomens der Korrealität [3]). Wir müssen es anerkennen, daß die Novation alle Merkmale einer organischen Umwandlung oder richtiger einer **Wiedergeburt** an sich trägt, daß ihr Wesen nimmermehr begriffen werden kann ohne die Vorstellung einer organischen Metamorphose, wodurch der Vermögenstoff der pristina obligatio übergepflanzt wird in die nova, daß die alte Spezies getödtet, eine neue Spezies

1) Vergl. **meine** Schrift über „die Oblig. und Singularsucc." §. 36.
2) Vergl. **meine** angef. Schrift: §. 33. 58. 59.

erweckt, d. h. aus der alten Spezies, mit welcher sie durch die Identität des Stoffes zusammenhängt, herausgeboren wird.

§. 91. c. Singularsuccession. Wie äußerlich und ungenau bis jetzt der Begriff der Sing.-Succ. aufgefaßt und verwendet worden ist, glaube ich in meiner Schrift über „die Oblig. und Singularsucc." (s. insbes. daselbst §. 7 ff. §. 15. 18. 20.) nachgewiesen zu haben. Die Singularsuccession ist, ähnlich der Novation, ein organisches Fortpflanzungsverhältniß; des auctor Recht ist das Mutterrecht, des successor Recht ist das Tochterrecht; identisch sind beide Rechte keineswegs, wirkliche Identität anzunehmen, wäre absolut unlogisch; beider Rechte Zusammenhang ist ein organischer (s. meine angef. Schrift, §. 17. S. 61.). — Das R. R. ist das einzige uns bekannte Recht, in welchem dieses organische Urphänomen zum klaren Bewußtsein und zur vollen Wirklichkeit gelangt ist, und an der Langsamkeit seiner schrittweisen, behutsamen Entwickelung erhalten wir erst einen treffenden Maßstab für die Tiefe und die Tragweite der in ihm uns zutheil gewordenen Errungenschaft.

In der occupatio bellica, der addictio und assignatio der Beute durch den Magistrat oder Quästor (als Organ des Staatswillens) war der Gedanke der derivativen Erwerbsart noch ungeboren; in der venditio sub corona und der in jure cessio (wo der Veräußerer nur passiv auftritt, ein certamen sich zwischendrängt, des Magistrats Machtwort erschallt: „mittite ambo!" und die Addiktion das Entscheidende bleibt) keimte er; aber erst in der (plebejischen, demokratischen) mancipatio gelangte er zum Durchburch (das raudusculum war die magische Wünschelruthe!), und nun war der Hebel gegeben, welcher aus der in jure cessio die simplex traditio (über das tribunal oder das planum des Prätor) heraushob.

Die alte auctoritas des Vorgängers, welche uns an das germanische „Hand muß Hand wahren" erinnert, barg nur den keimenden Begriff der ächten Sigularsuccession in sich; noch im Ausdruck „auctor" liegt die Hindeutung auf die persönliche, subjektive Währschaft, diesen Gegensatz des objektiven Successionsprozesses. Die germanische Auflassung oder Salung mit der „rechten Gewere", durch welche das Recht des Nachfolgers erst eine objektive und von der persönlichen Währschaft des Vorgängers unabhängige Kraft erhielt und folglich der Hauptgrund des gewährten Rechtes in die Originalthatsache eines usukapionsmäßigen Zustandes verlegt ward, zeigen, daß der germa-

nische Rechtsinn den Gedanken der freien, elastischen Singularsuccession noch nicht vollkommen entfesselt hatte. Man kann sagen: jede „Auflassung" war eine neue Urschöpfung, die Rechtsindividuen (Eigenthumsverhältnisse) entstanden noch nicht durch Fortpflanzung, sondern die Entstehung eines jeden Individuums war noch ein originärer Akt, gleich der occupatio oder numeratio (Realkontrakt): und das ist ein Zeichen der juristischen Unbeholfenheit, das Symptom eines unreifen Verkehrszustandes. Der Gedanke der Selbstfortpflanzung, der generativen Kontinuität war noch ungeboren, der neue Segen der Fruchtbarkeit und Mehrung durch eigene Kraft noch nicht ausgesprochen.

Wie im Gebiete des tellurischen Lebens Urschöpfungen und Fortpflanzungen sind, so besitzt auch die Rechtswelt ihre originären und derivativen Konstituirungsakte; der Unterschied besteht nur darin, daß mit der Erschaffung des Erdkreises und seiner drei Reiche die Natur fixirt und seitdem nur noch, kraft des schöpferischen Urwortes, Befruchtung und Fortpflanzung stattfinden: während in dem freieren Gebiete des menschlichen Geistes die Urschöpfung (occupatio, Obligationsvertrag), fortwährend neben den Fortpflanzungen hervorgeht [1]). Die letztere Form herrscht im Sachenrecht, die erstere aber im Obligationengebiet und noch mehr in dem Gebiete der intellektuellen Urheberrechte vor.

§. 92. 4. Zusammenfassung. Ich möchte, daß es mir gelungen sei, klar zu machen, wohin ich den dogmatischen Blick unserer Wissenschaft dermalen hauptsächlich gerichtet wünsche. Ich verspreche mir nicht Geringes von einer konsequenten und methodischen Ermittelung der organischen Grundphänomene im Recht, der morphologischen, anatomischen, physiologischen. Ich erwarte, daß, wenn es einmal gelungen sein wird, das stille, geheimnißvolle, unergründliche Walten lebendiger Kräfte, welches wir in der Rechtswelt beobachten können und darum konstatiren müssen, in unserer Anschauung selbst recht lebendig zu machen und ihre Folgen zu konsolidiren, wir nicht mehr Gefahr laufen werden, mit verkehrten, unfertigen, halbschürigen, schattenhaften Spekulationen überschüttet und umsponnen zu werden, wie es z. B. die Annahme einer Servitut an einer res nullius, einer civilistischen Personifizirung des praedium bei Prädialservituten, einer fingirten Sache als Servitutobjekt, oder die Aufstellung von Rechten an Rechten u. s. w. u. s. w. sind.

---

1) Vergl. oben §. 74. Anm.

Vor Allem aber kommt es im Verfolg dieser Richtung darauf an, daß eine immer strengere Scheidung der logischen und der organischen Proportionen und Phänomene durchgeführt werde. Von dieser Scheidung hat unsere bisherige Dogmatik kaum mehr als eine Ahnung gehabt, sie hat bis jetzt mit naiver Unbefangenheit logische und irrationale, kommensurable und Unendlichkeitsproportionen durch einander geworfen, hat gemeint, den Kreis quadriren zu können, das Lebensprincip der Rechtsverhältnisse in der Hand zu haben und mit der Oberfläche und ihrem bunten Spiel den Inhalt und den tiefen Ernst zu besitzen. Es war Täuschung. Wohl hat es, namentlich für schwache und träge Gemüther einigen Reiz, in dem umschleiernden Faltenwurf gewohnter Täuschung weiter zu schlüpfen, und selbst sich die Schlummerlieder behaglicher Tradition zu singen; zu dem Eingeständniß, daß die alten Mittel unzulänglich werden, gehört immer einiger Muth. Ich habe mich in dem Vorhergehenden bemüht, aus der großen Fülle der sich für den dynamischen Gesichtspunkt in den verschiedenen Theilen des (zunächst civilistischen) Rechtsgebietes darbietenden Phänomene einige Beispiele herauszuheben, an welchen das Bedürfniß, die Fruchtbarkeit und die Methode der symbolisch-naturalistischen Gestaltung der Rechtsdogmatik dargethan werden können. Ich wiederhole es: auch das Bedürfniß. Diese Betonung gilt eben denen, welche mit dem Bisherigen ganz sich begnügen wollen und über das Neue die Achseln zucken. Wir verlangen nicht von ihnen, daß sie sich zufrieden erklären sollen mit dem Positiven, was zu geben versucht worden ist; es genügt uns, wenn eingeräumt wird, daß die negative Seite unserer Darlegung berechtigt sei, denn es ist schon etwas, konstatirt zu haben, daß es in der Rechtswelt Phänomene gibt, welche denjenigen Werkzeugen unzugänglich sind, womit unsere Wissenschaft bis jetzt operirt hat, daß es für die civilistische Logik eine Grenze gibt, jenseits deren andere, ihr nicht erreichbare, Bezüge stattfinden.

§. 93. Diese Grenze muß anerkannt werden. An hundert Punkten können wir wahrnehmen, daß uns die bisherige Forschungs- und Formulirungsweise zu Inkonsequenzen und, gerade herausgesagt, zu Absurditäten, zu logischen Unmöglichkeiten führt. Hier handelt es sich nicht um Grade der Wahrscheinlichkeit, sondern um Denkbarkeit und Undenkbarkeit. Ist nun aber die gänzliche Unhaltbarkeit vieler Sätze nachgewiesen und muß anerkannt werden, daß alle diese

Sätze mehr oder weniger ein Ergebniß der bisher gangbaren Anschauung und Konstruktionsweise sind, so muß auch die Erkenntniß eintreten, daß ohne eine gründliche Reform, ohne eine Wiedergeburt den Mängeln nicht wahrhaft abgeholfen werden kann. Ganze Theile des Systems, viele Grundsätze finden wir aus ihren Fugen gerissen: da können wir uns mit Kleistern und Kleben nicht begnügen wollen; ein neuer Lebensodem muß eingehaucht werden. Es ist wahr, bei vielen Verbesserungen, auf welche die Gegenwart unserer Wissenschaft hindrängt, handelt es sich um nicht mehr als um einen partiellen und rein quantitativen Fortschritt, um eine Verfeinerung, konsequente Durchführung, fleißige Ausarbeitung früherer Errungenschaften: das ist es aber nicht, was ich unter gründlicher Reform und Wiedergeburt hier verstehe. Ein qualitativer Fortschritt, eine neue Grundanschauung sind es, welche ich als Forderung der Gegenwart an die Zukunft gestellt finde.

Für diesen Fortschritt aber ist meines Erachtens nicht Geringes geleistet, wenn wir uns immer strenger und korrekter gewöhnen bei der Auseinanderhaltung der logischen Sätze und der organischen Phänomene. Logisch kommensurable Sätze sind durch das ganze System in großer Fülle verstreut. Dahin gehören z. B. die Sätze: in pari causa melior est conditio possidentis und prohibentis, denn, streben gleiche Kräfte wider einander, so verbleibt es eben bei dem bisherigen Zustand; — „Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere“ (Paul. in l. 29. D. de R. J.), denn Zeitdauer an sich ist keine Thatsache (nur ein Maß der Thatsachen) und folglich nicht Rechtsgrund; — „Nemo plus juris transferre potest quam ipse habuit“ (Ulp. in l. 54. D. eod.); — „Omnia, quae jure contrahuntur, contrario jure pereunt“ (Gai. in l. 100. D. eod.); — „In eo, quod plus sit, semper inest et minus“ (Paul. in l. 110. pr. D. eod.) mit folgenden Anwendungen: „in toto et pars continetur“ (Gai. in l. 113. D. eod.), „manifestissimum est viginti et decem inesse“ (Ulp. in l. 1. §. 4. D. de V. O. 45, 1. jct. Paul. in l. 17. pr. D. de pact. 2, 14), „qui peculii administrationem concedit, videtur permittere generaliter, quod et specialiter permissurus est“ (Paul. in l. 46. D. de pecul. 15, 1.); — der Satz des Paulus (in l. 4. §. 1. und l. 85. §. 3. D. de V. O. 45, 1.), daß die einem factum individuum beigefügte Pönalobligation durch Uebergang auf mehrere Miterben des Schuldners den Karakter einer Solidarschuld jener annehme

(„unius facto omnes teneri)", „quia quod in partes dividi non potest (nämlich eine Unterlassungshandlung), ab omnibus quodammodo factum videretur."

§. 94. Paulus (in l. 3. §. 5. D. de acquir. poss. (41, 2) demonstrirt uns die Unmöglichkeit einer compossessio in solidum mit den Worten: „Plures eandem rem in solidum possidere non possunt. Contra naturam coeppe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. Non magis eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto." Hier haben wir also wieder ein demonstrables, rationales, kommensurables Verhältniß vor uns. Irrational, nicht demonstrirbar dagegen ist die juristische Proportion einer compossessio pro parte pro indiviso.

Der Zusammenhang, in welchem das Objekt der Obligation zu dem obligatorischen Rechtsverhältniß selbst steht, ist eine logische Proportion, und aus dem Wesen der Obligation (wie ich wenigstens meine [1])) mit mathematischer Schärfe zu deduziren; dagegen ist die Beziehung des Vermögenstoffes zu dem (obligatorischen) Rechtsverhältniß eine freie, organische, irrationale; — die strenge Persönlichkeit der Obligation und ihre Unempfänglichkeit für Singularsuccession ist ein logisches Postulat, und die Novirbarkeit, die Amplifikabilität, Perpetuations- und Cessionsfähigkeit der Obligation sind unmittelbare Folgerungen aus der organischen Verwendbarkeit und Verzweigungsfähigkeit des obligatorischen Vermögenstoffes.

Büchel, Elvers u. A. wollten das Wesen der Servitut auf eine logische Formel zurückführen, und das ist der gemeinsame Fehler aller dieser Versuche, so verschieden auch ihre Außenseite ist; wir müssen anerkennen, daß das Verhältniß der Servitut zu dem Eigenthum eine organische, irrationale Proportion ist, welche nicht definirt, sondern lediglich umschrieben werden kann.

IV. Schlußbetrachtung.

§. 95. Verhältniß der Theorie der organischen Grundphänomene oder der symbolisch-naturalistischen Methode zu der Naturphilosophie. Wir vergleichen wohl das Recht in der Gesammtheit seiner zusammenhängenden

---

1) s. meine Schrift über „die Oblig. u. Singularsucc." §. 20. S. 76.

Theilsätze mit einem Organismus, mit einer lebendigen Einheit, mit einer Pflanze, indem wir die Einheit in der Mannigfaltigkeit und den intellektuell-solidarischen Zusammenhang der Begriffe betonen wollen. Hier ist die Pflanze ein willkührlich gewähltes Bild, man könnte ebensogut auch das (ganze) Pflanzenreich einem Pflanzenorganismus vergleichen. Ein solches Bild hat keinen inneren Werth, führt nicht auf die Sache selbst ein, sondern regt nur zum Denken an; es soll die Begriffsbestimmung nicht ersetzen, sondern ihr nur Licht und Färbung geben, es ist ein adminiculum, nicht instar definitionis. In diesem Sinne habe ich z. B. in meiner Schrift über „die Oblig. und Singularsucc." S. 293. das Rechtsystem mit der organischen Gesammterscheinung eines Baumes beiläufig verglichen; in demselben Sinne spricht Leist in seiner „dogmat. Analyse" I. S. 28. von einem „Rechtskleide."

Einen ganz anderen Sinn hat es dagegen, wenn darauf hingewiesen wird, daß auf dem idealen Orbis Juris Normen gelten und Proportionen wahrnehmbar sind, ganz verwandt, analog denen, welche in dem vegetabilischen und etwa dem animalischen Reiche von uns beobachtet werden.

§. 96. Wir haben gesehen, daß die Sprache die Welt articulirter Laute sei, mit welcher der menschliche Geist sich umgibt; so ist auch das Reich des organischen Naturlebens eine Welt der mannigfaltigsten, sinnlichen Körper, Formen und Farben, mit denen Gottes Willensordnung die Menschensinne umgeben hat. Dieses Reich dient zunächst unseren Leibern zur körperlichen Ernährung und Entwickelung; allein es hat nicht minder die (höhere) Bestimmung, die Ernährung und Entfaltung unseres Geistes zu fördern. Der Mensch ist nun einmal mit Leib und Seele auf diesen Erdkreis gestellt, mit seinem ganzen, nicht bloß äußeren, Wesen auf diese Natur, oder die Natur auf ihn berechnet. Die Summe der uns umgebenden sinnlichen Formen, der aus der Natur rings uns entgegentretenden Erscheinungen ist der geistige Boden, auf welchem wir wandeln und von welchem wir nicht los können, die Atmosphäre, in welcher wir athmen, und ohne welche wir vertrocknen, wie die Methode der Jurisprudenz vertrocknete.

Und wir wollten verschmähen, das, was wir unwillkührlich und tagtäglich vollziehen, mit Bewußtsein und mit Methode fortzusetzen? — Wir finden uns aufgefordert, Wärme, Frische und Leben in den kalten Steinpalast des Rechtes hineinzutragen, wir fühlen Sehnsucht,

die trostliche Dürre zu überwinden, welche eben diesen Steinpalast noch gleichsam umgürtet. In allen Wissenschaftszweigen strebt der Geist nach kräftiger Plastik und freier Bewegung — und wir sollten, mit philisterhafter Gebundenheit, meinen, es sei noch immer des Juristen Beruf, Stein auf Stein zu kitten, unlebendige Formeln zu schmieden und dürres Laub zu schütteln? Manches Herz ist vertrocknet, manche Seele verkümmert in diesen engen Kammern der alten Theorie; — wollen wir es nicht einmal anders versuchen, uns nicht einmal hinauswagen in die grüne, frische Natur, um aus dieser Natur den Strom organischen Lebens zur neuen Befruchtung und Verjüngung der Jurisprudenz auf deren Terrain herüberzuleiten? Ich denke, daß wir bei solchem Versuche mindestens Nichts verlieren und Vieles vielleicht gewinnen können. Wissen Andere einen besseren Weg, als welchen ich anzudeuten mich unterfangen, — ich werde der Erste sein, welcher folgen wird. Aber die bisherige Methode, davon bin ich herzlich überzeugt, ist zu eng geworden — und es wächst eine Generation von Juristen heran, welche nicht mehr Lust hat, dem Volke, ich meine dem gesunden, kräftigen Volkssinne, zum Sprüchwort zu dienen und gleichsam außerhalb des warmen Volkslebens gestellt zu sein und der anregenden Sympathien des Laien zu entrathen.

§. 97. Wohl mögen wir uns hüten, daß wir in unserem Geiste nicht der Natur zu vielen Raum gönnen! Gar leicht erschlafft im üppigen Spiel der Naturbilder die menschliche Vorstellungs- und Gestaltungskraft; unser Verstand könnte den Banden einer tropischen Sinnlichkeit verfallen. Die gemäßigte Zone ist die klassische Region des Geistes, sie mit ihrer mäßigen Naturfülle, nicht zu groß, um der Arbeit des Geistes Raum zu bieten und Sporn zu sein, und doch auch groß genug, um Nahrung und Befriedigung zu gewähren. In diese gemäßigte Zone der irdischen Natur möge die stolze Jurisprudenz von ihren Eisbergen und Nordlichtern herabsteigen; — es ist wahrlich ein anderes Sein und Schaffen zwischen den lebendigen Hecken und Auen der fruchttragenden Natur! —

Indem aber diese Mahnung an unser Ohr dringt, fühlen wir da nicht die Besorgniß in uns sich regen, daß wir uns jenem listigen Geiste von Neuem verschreiben möchten, welcher seit Schelling, Steffens, Baader in Philosophie und positiver Wissenschaft so manchen Streich gespielt und oft arges Spiel getrieben hat? Mancher wird sich beeilen, unser naturalistisches Streben zu verdächtigen durch einen

stillen Seitenblick auf jene, jetzt hinter uns liegenden, inkorrekten, romantischen, phantastischen, schülerhaften Konstruktionen des Naturlebens, jene begeisterten und doch „spielenden Kombinationen der Naturphilosophie“; und was haben wir dagegen zu setzen? — was denen zu erwidern, welche uns auf Ixion's Schicksal verweisen, der eine Göttin zu umarmen strebte und wähnte, und eine Wolke in seinen Armen haltend der göttlichen Strafe verfiel?

Unsere Absicht ist es durchaus nicht, in jene Naturphilosophie zurückzulenken; wir halten bloß dafür, daß in ihr ein wahrer Kern enthalten, verdeckt war; dieses Kernes möchten wir uns bemächtigen.

§. 98. Die alte Naturphilosophie hatte das Wahre, daß sie anwies, in den äußeren Erscheinungen ein Mehreres zu glauben, als daß sie Farbe und Masse enthalten und uns belustigen und nähren; sie ließ eine tiefere ideale Bedeutung ahnen; — aber sie fehlte darin, daß sie diese Bedeutung in etwas Abstraktes, Objektives verlegte, statt sie in der (von Gott dem Menschen eingepflanzten) Anschauungs- und Gestaltungskraft persönlicher Wesen verwirklicht zu finden.

Das Schelling'sche Abstraktum des absoluten All-Ich's, an welchem die einzelnen empirischen, lebendigen Ich's nur wie historische Momente oder Qualitäten oder Ausstrahlungen erscheinen, mußte zu einer ausschweifenden Naturmystik führen. Unser Standpunkt ist himmelweit davon entfernt. Bei Schelling (ich meine den früheren Schelling, an welchen wir immer zuerst und hauptsächlich denken, nicht den späteren mit seinem rastlosen Weiterschreiten) ward die Summe der konkreten Dinge, Prozesse, Persönlichkeiten zu der Idee einer im Grunde unpersönlichen Weltvernunft (von Hegel nachher methodisch durchgeführt); der allgemeine Weltprozeß zeigte sich Schelling' in fortschreitender Durchdringung des Realen und Idealen, als der kosmischen Potenzen, und darum erblickte er allenthalben in der Natur eine unmittelbar-nothwendige Darstellung des Geistes und fand in jedem Naturprodukte jenes Absolute wieder, als Reales und Ideales zugleich und nicht bloß für, sondern in einander.

§. 99. Dieses An-sich drücken wir herab oder erheben es vielmehr zur freien That des Menschen. Was Schelling in die Dinge selbst als eigene Potenz verlegte, das theilen wir einmal dem persönlichen Schöpfer, von welchem der Weltplan ausging, und sodann der menschlichen Seele dem (Mittelpunkte dieses Planes) zu, welche reflektirend jenen Plan in sich aufnimmt, und der Erscheinung der

Dinge sich bemächtigt, um sie als Symbole derjenigen Prozesse und Gestalten zu benutzen, welche in ihrem Inneren geistig sich vollziehen und lebendig sind. Hiernach ist die von uns aufgegriffene Uebereinstimmung der sinnlichen Welt um uns mit der intellektuellen Welt in uns nicht eine lebendige Macht für und an sich, nicht eine objektive Existenz, — sondern die Möglichkeit, solche Uebereinstimmung und Analogie an den Dingen wahrzunehmen, ist durch den Weltplan gegeben, und durch den in Gemäßheit desselben thätigen Geist des Menschen wird diese Uebereinstimmung zur subjektiven Wirklichkeit. Was bei Schelling ein Abstraktum war, wird bei uns That und Bewußtsein freier Wesen.

Man hat, mit vollem Rechte, die Bemerkung gemacht, daß das Wort nicht ein Abdruck des Gegenstandes selbst, sondern nur ein Ausdruck des von ihm in der Seele erregten Bildes sei; es ist die freie That des Denkens und Sprechens, welche Laut und Begriff (d. h. den organisirten, artikulirten Eindruck) zum Worte zusammenschmilzt. So gerade wollen wir die geforderte Rechtsymbolik gefaßt wissen. Sie berührt sich nicht mit jenem Wahne einer absoluten, immanenten Einheit von Natur und Geist, welcher in jedem Wassertropfen ein Glied der absoluten Weltseele sieht, sondern sie ist freie That des gereiften Rechtsinnes, welcher zum Bewußtsein einer prästabilirten Harmonie gelangt und in seiner Anschauung die Gestalten der organischen Reiche mit den Gestalten der inneren Rechtswelt zu lebendigen „Worten" des Rechtes zusammenschmilzt. Das ist es, was nicht an sich gegeben ist, sondern wozu wir vielmehr durch ein subjektives Bedürfniß getrieben und wozu wir als denkende und freie Wesen befähigt sind. Ein inneres Bedürfniß ist es, nicht Willkühr und bloß äußerliche Zweckmäßigkeitsrücksicht, gleichwie auch das Sprechen ein inneres Bedürfniß des denkenden Menschen und nicht etwa bloß äußerliches Verkehrsmittel ist. Es ist nicht abstrakte Nothwendigkeit, sondern lebendige, freie That, und die Symbolik ist präfigurirt in jenem antiken Universalmythus von dem wunderbaren Schatze der hesperischen Aepfel, welche Herakles, als den Preis seiner Freiheit, durch muthige Arbeit errang.

§. 100. Der nationale Gesichtspunkt. Ich bemühte mich oben zu zeigen, daß Andeutungen dessen, was ich hier als Ziel und Aufgabe der (deutschen) Rechtswissenschaft hinstelle, bereits in der römischen Jurisprudenz enthalten seien. Ich will nicht diesem Um-

stande zu große Bedeutung beigemessen wissen. Wichtiger erscheint mir, darauf hinzuweisen, daß die deutsche Rechtswissenschaft mit jener „Verlebendigung" ihres Stoffes einen Weg einschlägt, welcher recht eigentlich als eine Nationalisirung der Methode bezeichnet werden kann. Gibt es doch eine ganze Partei, welche gerade Nationalisirung der deutschen Rechtswissenschaft als Hauptspruch auf ihre Fahnen geschrieben hat. Wer einen offenen Blick für die Neigungen, Triebe und Bedürfnisse des Volkes, d. h. derjenigen Schichten der Bevölkerung besitzt, in welchen der Seelenkern des germanischen Volksthums sich noch in ungefärbter, naiver Ursprünglichkeit und Intensität erhalten hat — ich meine damit keineswegs vorzugsweise oder ausschließlich die niederen und ungebildeten Klassen! —, dem kann es nicht entgangen sein, mit welcher Unermüdlichkeit und Unerschöpflichkeit gerade der deutsche Sinn den sozialpolitischen Gestaltungen, ja allen im Verkehr eine Macht repräsentirenden Existenzen einen organischen Lebensodem einzuhauchen fähig und thätig ist. Der antiken Krystall-Logik tritt der germanische Lebenstrieb entgegen, welcher auch des Marmors Kälte überwindet, und wo Manche nur Stein an Stein gesehen haben, in organischem Gewebe Zelle an Zelle reiht.

Man denke daran, wie der Seemann dem Schiff, welchem er sich und sein Gut und das Leben seiner Mannschaft anvertraut, — wie der Handelsmann seiner Handlung mit ihrer Firma, hinter welcher des Chefs Persönlichkeit gänzlich zurückzutreten scheint, oder dem Wechselbrief, den er als einen lebendigen Träger des Vermögenswerthes in den Verkehr entläßt, — ja wie die allgemeine und öffentliche Sitte den Glocken, welche geweiht und mit Namen ausgestattet werden, das Gepräge einer lebendigen Existenz, einer persönlichen Individualität aufzudrücken liebt! Das sind unbewußte Fingerzeige auf die Gesetze und Phänomene des organischen Lebens, Organisationsversuche, aus denen eine, vielleicht unbeholfene aber weit verbreitete Ahnung tiefliegender Gesetze zu uns spricht. Leicht ließen sich ganze Reihen verwandter Erscheinungen in dem Bereiche des naturwüchsigen Volkslebens zusammenbringen; viele andere parallele Richtungen ließen sich daneben stellen: es ist ein deutscher Karakterzug, die ungeformten Stoffe des Geistes mit lebendiger Trieb- und Gestaltungskraft zu durchdringen, einen Funken der eigenen Persönlichkeit und Gemüthswärme an sie abzugeben und auf diese uner-

müdliche Weise sich mit einer Welt organischer, plastischer Typen und Gebilde allseitig zu umgeben. Der noch keineswegs erledigte Kampf um die s. g. „deutschen (organischen) Genossenschaften" gehört recht eigentlich in die Sphäre, welche ich hier zu umfriedigen versucht habe.

§. 101. Was ich meine, ist ein intellektueller Reflex des „gothischen Stils". Dieser wahre germanische Geist, welcher den politischen Lebenstrom in den neuen Leib des Repräsentativsystems ergossen und mit ihm jenen Abgrund überwunden hat, in dem einst das zur Höhe getriebene Reich der stolzen, nicht ewigen, Roma zusammensank, — dieser deutsche Geist ist eine Macht gewesen und ist eine Macht geblieben. Hier und da zurückgedrängt bricht er immer wieder hervor, nicht geschwächt, nur veredelt. Er war seit der Zeit der Rezeption des antiken Rechtes zurückgedrängt, nicht bloß im Betracht der Stoffe der Wissenschaft, sondern auch in der Methode ihrer Gestaltung, und daher ist die nationale Reform des Rechtes auch auf die Methode der Wissenschaft zu erstrecken, das Eine ohne das Andere wäre nur die Hälfte, und das Eine wird Garantie des Anderen sein.

Wir huldigen diesem deutschen Geiste, indem wir jene symbolische Naturalistik, jene juristische Dynamik anbahnen. In ihr, nur in ihr, findet der deutsche Sinn sich wieder, in ihr wird er seine alte ächte Elastizität wiedererobern, und mit jener Selbstwiederfindung und mit dieser Wiedereroberung wird auch der antike Rechtstoff in uns wahrhaft wiedergeboren, wird die mühselige Rezeptionsarbeit wirklich und endlich vollbracht sein.

Darum ist es ein heiliges Werk, welches die Wissenschaft ausführt, wenn es ihr gelingt, in solcher Weise den deutschen Geist zur Herrschaft über die fremden Stoffe zu bringen; nur die Herrschaft ist dauernd, welche zugleich Lebenspendung ist. Die römischen Juristen zu meistern, sagte ich oben, wollen wir uns nicht vermessen, aber sie zu bemeistern müssen wir versuchen, und wir werden sie bemeistern, indem wir ihren kalten, stahlharten Sätzen unsern modernen Geist einhauchen, der ein warmer und elastischer ist.

Diesem Geiste sollte dieses Schriftchen dienen. Ist es dem Verfasser nicht gelungen? nun, am guten, redlichen Willen dazu hat es ihm nicht gemangelt. —

Druck von Theodor Höhm in Leipzig.

Kuntze, Johannes Emil,

Der Wendepunkt der Rechtswissenschaft ein Beitrag zur Orientierung über den gegenwärtigen Stand- und Zielpunkt derselben

Leipzig 1856